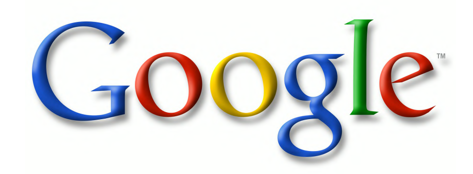
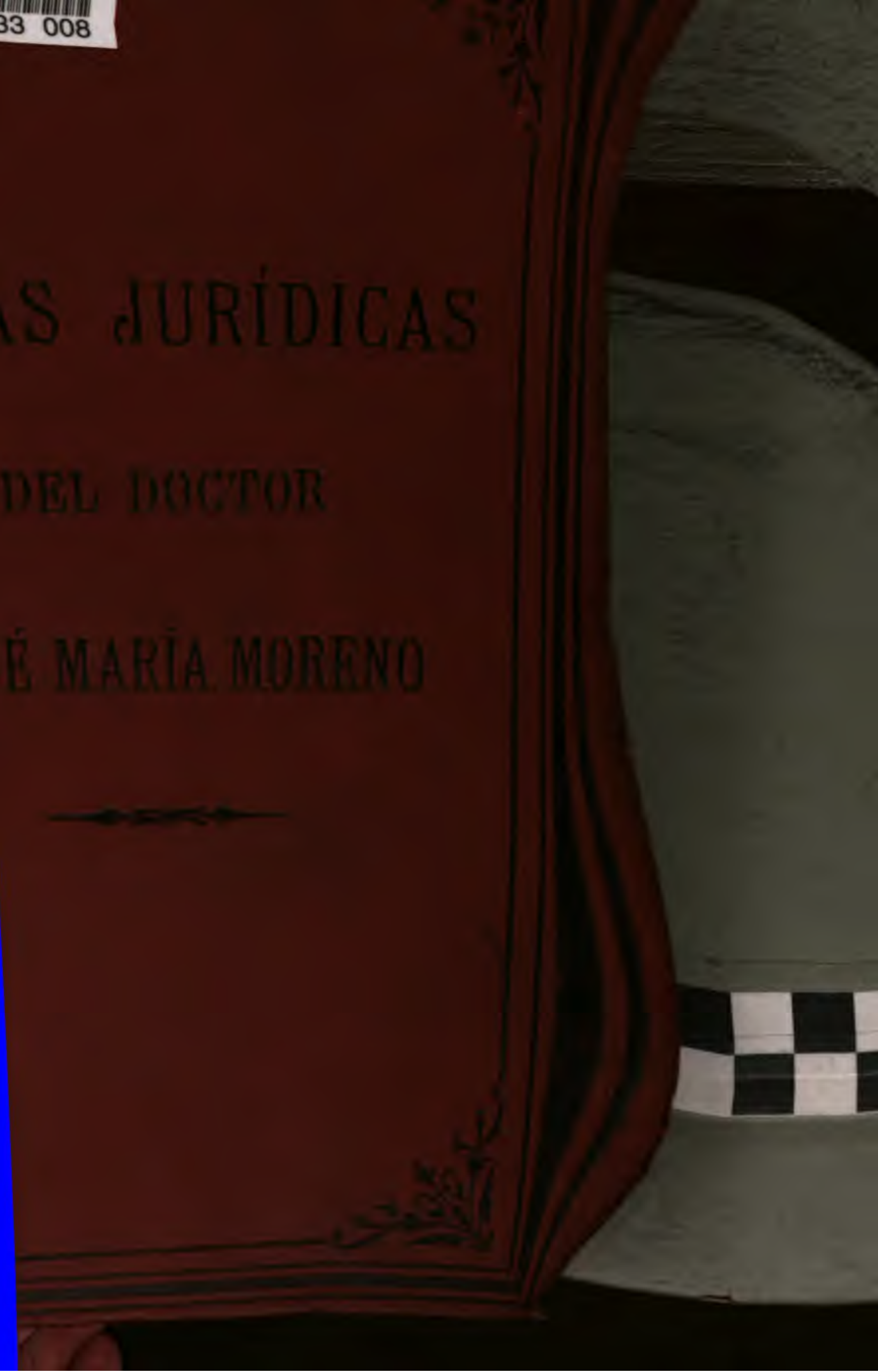



33 008
AS JURÍDICAS
DEL DOCTOR
É MARÍA MORENO

OBRAS JURÍDICAS

DEL DOCTOR

JOSÉ MARÍA MORENO

PARIS, IMPRENTA PAUL DUPONT, (CL.), 1882.

OBRAS JURÍDICAS

DEL DOCTOR

JOSÉ MARÍA MORENO

CATEDRÁTICO DE DERECHO CIVIL,
MIEMBRO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES;
ABOGADO Y JURISCONSULTO; ESTADISTA ARGENTINO;
ANTIGUO FISCAL, MINISTRO, GOBERNADOR;
MIEMBRO DE VARIAS LEGISLATURAS Y CONGRESOS

REUNIDAS Y PUBLICADAS

POR LOS DOCTORES

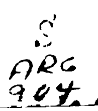
ANTONIO E. MALAVER Y JUAN JOSÉ MONTES DE OCA

ABOGADOS

TOMO TERCERO

BUENOS AIRES
FÉLIX LAJOUANE, EDITOR
LIBRAIRIE GÉNÉRALE
51 — CALLE DEL PERÚ — 53

1883



DERECHO COMERCIAL

PROCEDIMIENTOS

DERECHO COMERCIAL

I

FUNCIONES DEL JUEZ COMISARIO

¿Puede el síndico obligar al juez comisario á depositar en la oficina del actuario el importe de su comision sindical? — ¿Son aplicables á los jueces comisarios las leyes que determinan la forma y lugar donde deben los jueces administrar justicia? — Naturaleza é importancia de las funciones del juez comisario. — Su origen. — Resúmen de sus atribuciones. — Acordadas del Superior Tribunal de justicia sobre depósito de dinero.

M. S..., síndico definitivo del concurso de J. C..., se presenta ante el juez de comercio exponiendo:

Que los fondos de este concurso fueron entregados al juez comisario, á efecto de verificar su distribucion entre los acreedores.

No consta ni se sabe dónde y cuándo debe verificarse el pago, puesto que dicho funcionario no ha hecho el llamamiento de estilo, y como no es posible andar tras de él, ya sea en su domicilio particular ó en el paraje de campo donde acostumbra residir, vengo á solicitar de V. S. se digne ordenar las siguientes medidas á fin de poder percibir lo que me corresponde:

1° Que el juez comisario se traslade á la oficina actuaria en el dia y hora que V. S. designe, á fin de que me entregue la suma que me pertenece, otorgándole yo el competente recibo.

2° Que en caso no pueda concurrir en persona dicho funcionario, remita la suma que me corresponde, facultando por mi parte al actuario para que la reciba si fuese necesario. »

El señor juez de comercio proveyó :

Hágase saber al juez comisario entregue en la oficina, al escribano Sicouret, el importe de la comision sindical que le corresponde al recurrente.

B...

Notificado este auto, el juez comisario presentó el escrito siguiente :

Que se me ha hecho saber un auto de V. S. mandando que entregue al escribano Sicouret el importe de la comision del síndico.

Esa providencia motivada por la exposicion del síndico no me parece arreglada á las disposiciones del Código.

En efecto, el artículo 1701 del Código, establece que despues de pasado en autoridad de cosa juzgada el estado de graduacion de créditos, el juez comisario proceda á la distribucion.

Esta es una diligencia que el juez comisario debe cumplir personalmente, y el juzgado no tiene facultad para disponer que se practique por el actuario, ni aun con respecto á un solo acreedor.

El juez comisario ha recogido bajo su responsabilidad el dinero que ha de distribuirse; bajo su responsabilidad ha de hacerse la distribucion, y él debe documentarse suficientemente de ella, para que sú responsabilidad quede á cubierto de todo cargo.

Por otra parte, la ley no ha dicho ni podido decir dónde ha de hacerse esta distribucion, y los jueces comisarios no tienen un local designado para el efecto en la casa del tribunal.

Así es que la práctica ha sido que los jueces comisarios hagan en su domicilio la distribucion: esto es lo que he hecho en el caso presente dando el aviso correspondiente en la oficina del actuario para que la trasmitiera á los acreedores.

Tan oportuno y tan eficaz fué este aviso que todos los interesados acudieron inmediatamente y fueron pagados con excepcion del señor S... que no ha querido sin duda tomarse la molestia de pasar por mi domicilio, que le es conocido, y donde me hubiera encontrado, como me encontrará cuando quiera, desde las ocho de la mañana hasta la puesta del sol.

Pero él ha tenido la pretension de que me traslade yo á la oficina y el libro en que debe dejar constancia de su percibo, lo que me parece que seria invertir los roles.

V. S. ha adoptado el temperamento de que entregue yo en la oficina al escribano Sicouret, la comision sindical que corresponde al recurrente, pero además de las razones que dejo apuntadas que no permiten acceder á la pretension de S..., se opone tambien á lo dispuesto por V. S. la última acordada del Superior Tribunal de justicia, que yo como funcionario estoy en el deber de acatar y hacer observar en lo que de mí dependa,

No puedo dar cumplimiento al auto de mi referencia :

1º Porque al actuario le está prohibido por la acordada del tribunal recibir dinero en la oficina.

2º Porque yo no he de consignar en el Banco de la Provincia el importe de este crédito, porque eso dificultaria la documentacion que tengo el derecho y el deber de exigir, puesto que el Código dispone, por el contrario, que no sea el juez comisario el que deposite, sino que el dinero depositado le sea entregado para que haga la distribucion.

En mérito de lo expuesto, á V. S. pido, que sujetándose á las disposiciones del Código, mande que el síndico acuda por sí ó por apoderado á recibir su cuota en mi domicilio, que es el lugar que en beneficio del concurso he elegido para hacer la distribucion, dejando sin efecto por contrario imperio el auto precedente ó concediéndome el recurso de apelacion al Superior.

De este escrito el juez corrió *traslado* y llamó *autos*.

El síndico evacuándolo dijo:

Que V. S. se ha de servir mantener su auto, en cuanto declara que el juez comisario debe hacerme entrega en la oficina

del importe de mi comision sindical, no haciendo lugar en su consecuencia con imposicion de costos á los recursos que aquel interpone.

Toda la exposicion del juez comisario se reduce á sostener: que en su domicilio y no en el lugar público de la oficina actuaria, debe hacer la distributíon de fondos, á que se refiere el artículo 1701 del Código.

Pero si la ley especial no ha dispuesto que el domicilio particular de ese funcionario no es el lugar donde puede cumplir con sus funciones, lo han dicho las leyes generales (1), prohibiendo á los jueces que despachen en lugares inconvenientes, calificando de tales « sus propias casas, donde no los podrian fallar los querellosos »

Y tan cierto es esto que tampoco por la ley especial se ha dicho que el juez comisario presida las juntas de verificacion de créditos en los juicios de concurso, en el único lugar debido y conveniente — el asiento del tribunal de comercio — y á nadie se le ha ocurrido pretender, sin embargo, que así no deba ser, porque la ley especialmente no lo ha dicho.

El juez comisario, como funcionario, debe cumplir con los deberes de su cargo, en el lugar público que las leyes generales han designado, cuando las especiales no lo hubiesen indicado, y por lugar público, solo al señor G..., se le ha podido ocurrir que sea su domicilio particular.

Además, no es cierto que los jueces comisarios deban hacer en su domicilio privado la distribucion de los fondos de un concurso, porque en falta de otro local designado, basta el aviso respectivo á los acreedores trasmitido por la oficina, de hacerse en ese local especial. Tantos abusos traeria una práctica semejante que debo hacer notar á V. S. que en este concurso, listos para distribuirse sus fondos desde casi principio de este año, solo hacen 8 ó 10 dias que el acreedor Ferrando, por mi conducto, tuvo conocimiento de ese hecho y recibió lo que le correspondia por medio de una órden particular del juez comisario contra el Banco de D. José de Carabassa.

Pero sea de esto lo que fuese, la verdad es que nadie puede

(1) Ley 7ª, tít. 4°, y ley 12, tít. 22, partida 3ª; ley 4ª, tít. 9°, libro III (R.C.).

ser obligado á hacer lo que la ley no le manda, y por consiguiente yo no puedo como síndico, ser obligado á concurrir para recibir mi comision á un local donde ninguna ley ha autorizado al juez comisario á trasportar los fondos de este concurso y adonde tampoco ninguna ley me obliga á concurrir.

El señor juez de comercio dictó en seguida la siguiente sentencia:

Y vistos: — Siendo perfectamente legales las consideraciones aducidas en el precedente escrito, á lo que debe agregarse que por medio de ninguna publicacion se ha fijado el domicilio particular del juez comisario, como el lugar á que debieron concurrir los interesados en la distribucion, no ha lugar á la revocatoria que se solicita del auto en que se declara que aquel funcionario debe entregar al síndico y en la oficina la comision que le corresponde y se concede *en relacion* la apelacion que en subsidio se interpone, elevándose este incidente al Superior en la forma de extilo.

B...

El tribunal en su Sala primera de lo criminal resolvió:

Señores: — *Kier*, *Isla*, *Araujo*.

Y vistos: — por los fundamentos del auto foja 7 vuelta se confirma con costas el recurrido foja 1, y devuélvase.

(Hay tres rúbricas.)

De la discusion de la causa resulta:

1° Que son aplicables al caso *sub judice* las leyes 7ª, título 4°, y 12, título 22, partida 3ª; y 4ª, título 9°, li-

bro III (R.C.), que prohiben despachar á los jueces *en sus propias casas donde no los podrian fallar los querellosos.*

2° Que el juez comisario como funcionario, debe cumplir los deberes de su puesto en el lugar público que las leyes generales han designado.

5° Que no pudiendo ser alguien obligado á hacer lo que la ley no le manda, no puede compelerse al síndico ó á un acreedor, á concurrir al domicilio particular del juez comisario.

4° En fin, que no habiendo fijado de una manera pública el domicilio del juez comisario como el lugar á que deben concurrir los interesados en la distribucion, esta debe verificarse en la oficina del actuario.

Estas consideraciones que el juez de primera instancia estima perfectamente legales, lo inducen á no hacer lugar á la revocatoria pedida, y á virtud de las cuales la Sala de lo criminal confirma la resolucion del juez *à quo* ¿son efectivamente conformes á la ley y deciden el punto de acuerdo con la buena doctrina?

Pensamos que un ligero análisis nos debe sugerir una respuesta negativa.

Basta en efecto, un leve recuerdo de los antecedentes legales relativos al nombramiento y funciones del juez comisario en los juicios de concurso, para desechar como perfectamente improcedentes é inadecuados los dos primeros fundamentos de la sentencia.

La existencia del juez comisario en los concursos data de la promulgacion de nuestro Código de comercio. Bajo el imperio de las Ordenanzas de Bilbao y de la Cédula Ereccional del Consulado, el único director de las operaciones de la quiebra era el síndico comiario que los acreedores debian nombrar de entre ellos,

en la primera junta á que debian ser convocados por el prior y cónsules, inmediatamente despues de la ocupacion y depósito de los bienes y papeles del fallido (1). Pero el Código de comercio, siguiendo la legislacion francesa y la moderna española, proveyó al nombramiento de juez comisario en uno de los miembros del tribunal, que por turno habian de ejercer esas funciones, mas elevadas y numerosas que las atribuidas antes á los síndicos comisarios (2).

En fin, la ley de 29 de octubre de 1862 que abolió el tribunal del Consulado y atribuyó el ejercicio de la jurisdiccion mercantil á dos jueces letrados de primera instancia, dispuso en su artículo 8° que « anualmente se » elegirán diez comerciantes para desempeñar el cargo » de jueces comisarios en las quiebras, los que deberán » ser electos en la misma forma que prescribe el artí» culo cuarenta de la Cédula Ereccional del Consulado » y demás leyes vigentes, desempeñando las funciones » á que se refieren los artículos del Código de comercio » que les conciernen. »

En vista de estos antecedentes legales, no puede dudarse que cuando las funciones de juez comisario eran desempeñadas por uno de los miembros del tribunal del Consulado, le eran aplicables las reglas que para el ejercicio de la jurisdiccion y buen desempeño de la magistratura habian establecído las leyes relativamente á los jueces ordinarios. En efecto, el prior y cónsules constituian un verdadero tribunal de justicía que conocia privativamente de todos los pleitos y diferencias que ocurrieran entre comerciantes sobre nego-

(1) Art. 13, cap. XVII, Ordenanzas de Bilbao.

(2) Art. 1549, núm. 2, y 1555 del Código.

ciaciones de comercio; que debia celebrar audiencias en dias determinados; y sus miembros debian ser considerados como verdaderos jueces, establecidos para administrar justicia, debiendo procederse contra cualquiera que se atreviera á faltarles al debido respeto, conforme á lo dispuesto en la ley 47, título 46, libro IX, Recop. de Indias (1). El local mismo de las audiencias estaba indicado en el artículo 4° de las Ordenanzas de Bilbao; y como estas eran las reglas de conducta de cada consulado americano, en lo que no estuviese previsto por la Cédula Ereccional, las audiencias y el ejercicio de la jurisdiccion, tenian lugar en el local designado como asiento oficial del consulado.

Pero todas estas disposiciones han dejado de ser aplicables á los jueces comisarios desde que su nombramiento no recae por turno en uno de los magistrados que componen el tribunal, sino en un comerciante que sin perder su carácter privado, ni hallarse revestido de jurisdiccion, desempeña todas las funciones que la ley le comete, mas bien como una carga anexa á su profesion, que como el desempeño de un puesto público en la administracion de justicia.

Cuando en 1862 se dictó la ley que reformó el tribunal del Consulado, ya habia sido sancionado el Código de comercio. El cambio de personal debia producir alguna alteracion en el ejercicio de las funciones; y ya que se disminuia el número de los jueces debia tambien disminuirse el número de funciones, que agenas á la jurisdiccion propiamente dicha, pesaban sin embargo sobre los miembros del extinguido tribunal. Se buscaba la brevedad del despacho; se queria la pronta expedi-

(1) Art. 2°, 3° y 19, Cédula Ereccional del Consulado.

cion de numerosos asuntos que reclamaban una pronta solucion, como una exigencia legítima fundada en la naturaleza misma de las causas; era preciso pues descargar á los jueces de las funciones accesorias y extrañas á la verdadera jurisdiccion que distraian su tiempo y ocupaban su atencion; y de ahí el nombramiento de comerciantes, que sin ser miembros del tribunal, debian desempeñar las funciones de jueces comisarios en las quiebras.

En presencia de estos antecedentes legislativos que forman el elemento histórico de la interpretacion mas justa que puede darse á la ley de 1862 ¿cómo dudar siquiera, que no son aplicables á los comerciantes que sin ser jueces desempeñan las funciones de comisarios en las quiebras, las disposiciones á que estaban sometidos los jueces, miembros del extinguido tribunal del Consulado, cuando por turno desempeñaban esas mismas funciones?

Aun cuando el carácter de juez comisario en un concurso no importa el ejercicio de la jurisdiccion, ni el que lo desempeñe pueda revestirse con los atributos de la magistratura, sobre todo despues de la ley de 1862, sus funciones no son por eso menos importantes ni menos digna su persona del respeto y consideracion debidas al puesto que ocupa en el juicio de quiebra.

En otra parte analizando la institucion de juez comisario á la luz de la doctrina que ha servido de fuente al Código de comercio, hemos dicho lo siguiente:

«La diversidad de intereses opuestos que se presentan en una quiebra, y la especial atencion que requiere la direccion y cuidado de bienes agenos, así como la vigilancia sobre el fraude, tan pronto á deslizarse en los primeros momentos, han hecho necesaria la creacion

de una autoridad que modere las pretensiones exageradas, vigile las operaciones y dirija el procedimiento por el sendero que ha marcado la ley.

Por otra parte, la masa de acreedores, unida por intereses colectivos, no es una asociacion voluntaria y libre; es una asociacion fortuita que la necesidad ha creado, que la ley protege y organiza, sirviéndole de base y de vínculo. La ley y la sociedad, el interés de los ausentes ó débiles, los derechos de la minoría contra las pretensiones ó especulaciones de la mayoría, el órden público y el principio de igualdad proporcional en los sacrificios y pérdidas tienen necesidad de ser representados en esta asociacion. Ellos lo están por los magistrados, cuya mision es administrar justicia; pero como no podrian dedicar su atencion á vigilar la marcha diaria de cada quiebra, la pérdida de tiempo seria considerable, y faltaria el plan en las medidas y el conocimiento de los detalles y de las personas, la ley delega en el juez comisario una parte de las atribuciones de los jueces en la direccion de la quiebra.

El juez comisario es pues, la persona encargada especialmente de dirigir y acelerar la gestion y operaciones de la quiebra.

Su nombramiento debe hacerlo el juez como hemos visto, en el auto declaratorio, eligiendo por turno uno de los diez comerciantes que anualmente se designan con ese objeto. El juez comisario por su posicion domina á los síndicos y al fallido; y los acreedores tienen en él la autoridad inmediata que atiende sus reclamos, preside sus deliberaciones y encamina la quiebra hácia su terminacion » (1).

(1) *Estudio sobre las quiebras*, núm. 265 y 266.

Un moderno escritor de derecho comercial, Gadrat, resume así (1) las principales funciones del juez comisario:

« 1° Vigilar las operaciones de la quiebra; en este carácter, preside á todas las reuniones de acreedores, asiste á todos los actos importantes de la administracion, investiga los fraudes que han podido cometerse, los señala al tribunal de comercio é informa de ellos al ministerio público.

2° Acelerar las operaciones y la gestion de la quiebra. A este fin da su autorizacion para una multitud de actos en que es necesaria, hace convocar á los acreedores en todos los casos en que la ley ordena su reunion, da á los síndicos la autorizacion para ejecutar separadamente ciertos actos de administracion, da las autorizaciones necesarias para las enagenaciones urgentes de muebles ó mercaderías difíciles de conservar y acelera así la marcha y las operaciones comprendidas en las funciones de los síndicos.

3° Dar al tribunal de comercio los informes de todas las contestaciones que nacen de la quiebra y que son de la competencia del tribunal. Siguiendo dia á dia la marcha de la quiebra, conoce mejor que otro alguno los derechos y las obligaciones, y puede esclarecer al tribunal sobre las decisiones judiciales que tenga que pedir.

Independientemente de esas atribuciones generales el juez comisario, ha recibido de la ley una jurisdiccion especial para ciertas dificultades que surgen en el curso de las operaciones de la quiebra. Así es, por ejemplo, que estatuye en primera instancia en todas las

(2) *Trat. de quiebras*, pág. 158.

reclamaciones dirigidas contra los actos de administracion de los síndicos y que determina la cantidad de socorros alimenticios que será acordada al fallido. »

Cualquiera que eche una ligera ojeada sobre las atribuciones que el Código de comercio confiere al juez comisario, no podrá menos de reconocer la importancia que le atribuye á sus funciones y la posicion dominante en que lo coloca respecto de los síndicos (1); y

(1) En la tramitacion de la quiebra, consultando la brevedad, la economía de gastos y de tiempo así como las prescripcionesl egales, una acordada del tribunal del Consulado, fecha 30 de setiembre de 1862, dispone que sean dirigidas al juez comisario todas las solicitudes que versan:

1° Sobre la ocupacion de los bienes y medidas tendentes á su seguridad. — Art. 1555.
2° Autorizacion sobre actos de administracion. — Art. 1559.
3° Reclamaciones contra las operaciones de los síndicos. — Art. 1560.
4° Revocacion de los síndicos. — Art. 1561.
5° Sobre la correspondencia dirigida al fallido. — Art. 1566.
6° Sobre verificacion de créditos. — Art. 1570.
7° Tasacion de bienes y nombramiento de peritos. — Art. 1572.
8° Respecto del balance, su formacion por el fallido, comunicacion de libros y papeles. — Art. 1574.
9° Sobre compeler á los dependientes á comunicar los datos que supiesen ó sobre las interrogaciones respectivas. — Art. 1576.
10. Sobre entrega de ropa y muebles al fallido. — Art. 1576, inc. 4°.
11. Venta de bienes de conservacion difícil. — Art. 1578.
12. Autorizacion para los gastos del concurso. — Art. 1579.
13. Nombramiento de persona para gestionar el cobro de letras. — Art. 1580.
14. Sobre extraccion de fondos del depósito. — Art. 1583.
15. Autorizacion á los síndicos para deducir, continuar ó contestar alguna accion en perjuicio. — Art. 1585.
16. Señalamiento de dia para la reunion de la junta de verificacion de créditos. — Art. 1599.
17. Solicitudes del fallido para nombrar apoderado. — Art. 1603 y 1619.
18. Presentacion de poderes de los apoderados. — Art. 1602.
19. Señalamiento de dia para la reunion de la junta, si esta se hubiese suspendido. — Art. 1609.
20. Sobre proposiciones de concordato. — Art. 1619.
21. Rendicion de cuentas de los síndicos y entrega de los bienes despues del concordato. — Art. 1630.
22. Solicitudes para convocar la junta que haya de nombrar los síndicos definitivos. — Art. 1644.
23. Sobre autorizacion á los síndicos para continuar el giro del fallido. — Art. 1646.
24. Sobre venta de bienes. — Art. 1649.
25. Sobre enagenacion de deudas activas. — Art. 1650.
26. Sobre compeler á los síndicos á que den noticias al fallido acerca del estado de la quiebra. — Art. 1655.

comparando la sentencia de que nos ocupamos con la letra y el espíritu de la ley, reconocerá tambien al instante, que ni este ni aquella han sido bien consultados y que la dignidad y el carácter que el juez comisario reviste en el juicio de quiebra, quedan un tanto deprimidos ante la exigencia aceptada del síndico que lo obliga á consignar el valor de su comision en la oficina del actuario porque se resiste á irla á cobrar en su domicilio.

Mas aun, la sentencia del tribunal confirma la resolucion del juez por la cual se manda hacer saber al juez comisario entregue en la *oficina al escribano Sicouret* el importe de la comision sindical que le corresponde al recurrente; y debemos agregar que este auto así como su confirmacion, son perfectamente opuestos y contradictorios á las acordadas del Superior Tribunal de 18 de junio de 1863 y de 16 de enero de 1873, pues con estas disposiciones se procuraba impedir los repetidos abusos á que había dado márgen la práctica de constituir en depositarios de fondos, á los escribanos de actuacion.

No creemos siquiera necesario ocuparnos del tercero y cuarto fundamento que apoyan la sentencia, porque el primero solo sirve para consagrar la libertad de accion en la vida civil cuando no existe ninguna limitacion legal perfectamente inaplicable al caso actual, porque precisamente existe esa limitacion desde que

27. Sobre cantidades necesarias para gastos. — Art. 1656.
28. Sobre copia del estado mensual de los síndicos y observaciones que se hagan. — Art. 1657.
29. Rendicion de cuentas de los síndicos. — Art. 1660.
30. Presentacion del estado de graduacion de créditos y oposicion que se deduzca. — Art. 1685 y 1688.
31. Sobre distribucion de la masa. — Art. 1701.
32. Sobre retiro de la prenda en beneficio del concurso. — Art. 1705.
33. Sobre junta de moratorias. — Art. 1732.

todo acreedor en un concurso, sea cual fuere su causa, debe acudir á reclamar su crédito y recibir su pago en el lugar que determine la autoridad y no donde quiera él designar, y en este caso la autoridad era el juez comisario á quien está confiada por la ley la distribucion y entrega de los fondos del concurso, y porque el segundo no puede fundar una excusa y mucho menos puede constituir una razon desde que aun cuando no se hubiera hecho saber públicamente el domicilio del juez comisario, él era necesariamente conocido como el mismo síndico lo declara despues de terminado el juicio de quiebra.

Pensamos que las dificultades suscitadas han podido tal vez evitarse fijando de una manera pública el lugar donde se haria entrega á los perjudicados del importe de sus créditos; pero creemos tambien que un ligero análisis de las sentencias á que nos referimos, demuestra con claridad, que los fundamentos legales invocados no son aplicables al juez comisario; que ellas son depresivas de la dignidad y consideracion de ese funcionario en los juicios de concurso; y que son opuestas al espíritu de la ley comercial y á las acordadas del Superior Tribunal, que creemos útil trascribir á continuacion:

ACORDADAS DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE DEPÓSITOS JUDICIALES.

En Buenos Aires, á diezioocho de junio de mil ochocientos sesenta y tres, reunidos en acuerdo extraordinario los señores decano en ejercicio de la presidencia y vocales del Superior Tribunal de justicia, doctores D. Domingo Pica, D. Basilio Salas, D. Andrés Somellera, D. Tiburcio de la Cárcoba, D. Juan José

Alsina, D. Benito Carrasco, D. Angel Medina y D. Pablo Font, dijeron : que manifiesta ya por la repeticion de sucesos notorios, la inseguridad de que las consignaciones ú oblaciones de dinero, se hagan en las oficinas actuarias, lo que por otra parte no es necesario en derecho, y tiene la inconveniencia de multiplicar inútilmente las diligencias y costos de los juicios, con su forzosa traslacion al Banco provincial; para prevenir aquel tan considerable mal, que aun cabe en desdoro al poder judicial, y hacer cesar todo peligro en la materia, consultando á la vez la brevedad y menos dispendio de los procedimientos, debian mandar como desde luego ordenaban : Primero : que no pudiendo los depósitos judiciales constituirse en el Banco y Casa de Moneda de la Provincia, los obligados á consignar ú oblar cualquier cantidad de pesos, la lleven á él directamente recavando para acreditar el cumplimiento en los autos ó expedientes, un recibo en forma que exprese tambien el tribunal ó juzgado á cuya disposicion queda el asunto y oficina actuaria. Segundo : que en las ejecuciones, se procure desempeñarlas á horas en que haya tiempo para que el oficial de justicia y el escribano, efectúen incontinenti el secuestro en el expresado Banco. Tercero : que la extraccion de los depósitos, se haga por libramientos del tribunal ó juzgado que conozca del asunto, á favor de quien resulte deber percibirlos, ocurriendo este con el libramiento al Banco en compañía del actuario que llevará los autos ó expedientes, para constatar en ellos el cumplimiento. Y cuarto : que á los efectos consiguientes, se comunique este acuerdo á todos los jueces de primera instancia y al directorio del enunciado Banco y Casa de Moneda, poniéndose en la tablilla de órdenes y publicándose en los periódicos. Con lo que se concluyó firmándola por ante mí de que certifico.

Domingo Pica. — Basilio Salas. — Andrés Somellera. — Tiburcio de la Cárcoba. — Juan J. Alsina. — Benito Carrasco. — Angel Medina. — Pablo Font.

Ante mí : *Pedro Gallega de Prieto,*
Secretario.

En Buenos Aires, á 16 de enero de 1873, reunidos los señores presidente y vocales del Superior Tribunal de justicia en acuerdo extraordinario mandaron : 1° Que se reencargue á los jueces de primera instancia la observancia fiel del auto acordado de 18 de junio de 1863, que se publicará con el presente, y se le trascribirá ; 2° Que dichos jueces no permitan bajo pretexto alguno, que los interesados autoricen á los escribanos actuarios para percibir cantidades que se extraigan de los depósitos, debiendo ser los libramientos á nombre de los mismos interesados, ó de terceros constituidos apoderados para el efecto por escritura pública ; 3° Que los jueces de paz y otras autoridades, tanto de la ciudad cuanto de la campaña, que deban remitir cantidades de dinero á los jueces ó tribunales, las consignen en el Banco de la Provincia, obteniendo el recibo del depósito que prestarán al mismo juez ó tribunal, pudiendo los de la campaña, en cuyo partido existiese sucursal del Banco hacer la remision por medio de esta al de la ciudad, quien lo avisará inmediatamente por medio de oficio al juez ó tribunal ; 4° Que el Banco remita mensualmente al Tribunal, una planilla demostrativa del movimiento de los depósitos á disposicion de cada juzgado de primera instancia ó tribunales, para ser publicada en los diarios ; y 5° Que la presente acordada se comunique á los jueces de paz, á los de primera instancia y al directorio del Banco de la Provincia para su cumplimieuto. Y por este auto así lo mandaron y rubricaron, por ante mí de que certifico.

Andrés Somellera. — Basilio Salas. — Alejo B. Gonzalez. — Manuel H. Languenheim. — Carlos Eguía. — Manuel M. Escalada. — Sabiniano Kier. — Tomas Isla. — Ceferino Araujo.

Ante mí : *Emilio Migliavacca,*
Secretario.

II

COMENTARIO CRÍTICO

AL

ARTÍCULO 1542 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

La época en que ha tenido lugar la efectiva cesacion de pagos de un deudor fallido, es el punto de partida de la quiebra y de sus mas importantes efectos, sobre todo, en lo relativo á la validez ó nulidad de los actos celebrados por el fallido, cuyas operaciones todas quedan, desde esa fecha, bajo la accion de los acreedores en todo lo que pueda perjudicar sus legítimos derechos. Los actos y negociaciones del fallido, desde la fecha de la cesacion de pagos, hasta la del juicio declarativo de la quiebra, pueden ser nulos ó anulables, segun el criterio de la ley, que ha fijado las reglas de aplicacion, en los artículos 1540 y 1541 del Código de comercio; ya sea como ejecutados en fraude de los acreedores, ya como violatorios del principio de igualdad que á estos rige en la quiebra.

Pero entre los actos anulables, el pago de una letra de cambio ha merecido una mencion especial en casi todas las legislaciones, y ha sido objeto la disposicion referente de vivas controversias, en el interés de garantir la confianza y la circulacion de los títulos de crédito, en oposicion á los derechos de los acreedores. Nuestro Código que ha tenido por guía principal al Código francés; el primero de todos, que ha aprovechado de los adelantos ulteriores de la ciencia, y muy principalmente en materia de cambio, de los descubrimientos y nuevos sistemas de la escuela alemana, ha debido tambien preocuparse de esa cuestion tan interesante y delicada por el empleo tan frecuente y general de los papeles de crédito en las operaciones comerciales; y en efecto lo ha hecho, legislando especialmente sobre el pago de letras de cambio, verificado despues de la cesacion de pagos del comerciante fallido.

Hé aquí la disposicion que el Código consigna:

« Art. 1542. Tratándose de letras de cambio, la sentencia que haya condenado al portador á reembolsar lo que haya recibido con motivo de la cesacion de pagos (1), surtirá los efectos de un protesto en forma para recurrir contra librador y endosantes. »

¿Responde esa disposicion á la palabra de los codificadores, al adelanto de la ciencia en materia de cambio y á los principios de la escuela alemana? ¿Ha mejorado siquiera, la ya atrasada legislacion francesa á este respecto, segun su opinion? Veremos de examinarlo despues de trascribir el siguiente artículo crítico de la jurisprudencia francesa, escrito por un no–

(1) Art. 1541.

table comentador de la legislacion comercial de esa nacion, y que ventilando la cuestion bajo el punto de vista legislativo y científico, nos proporciona la ocasion de comparar la disposicion legal cuyo alcance é inteligencia explica, con la que, mucho mas moderna, contiene nuestro artículo 1542:

ÚLTIMO ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 449 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

El artículo 449 del Código de comercio, cuya redaccion tan laboriosa ha dado lugar en las dos Cámaras á tan animados debates, parece que estará destinado á pasar, despues de su promulgacion, por muchas peripecias. Ese artículo está concebido en los términos siguientes : « En el caso que letras de cambio » hayan sido pagadas despues de la época fijada para la cesacion » de pagos y antes del juicio declarativo de la quiebra, la accion » de reembolso no podrá intentarse sino contra aquel por cuenta » del cual la letra haya sido librada.

» Si se trata de un billete á la órden, la accion no podrá deducirse sino contra el primer endosante.

» En uno y otro caso, debe probarse que aquel á quien se pide » el reembolso, tenia conocimiento de la cesacion de pagos en la » fecha de la emision del título. »

La Corte de Casacion, volviendo sobre su jurisprudencia, ha aplicado esta disposicion, en sus últimas sentencias, de la manera mas restrictiva; ha decidido que su beneficio no podia ser invocado, sino en el caso de pago *al vencimiento y antes de protesto, por el aceptante;* que quedaba sin aplicacion cuando el tercero portador habia ejercido útilmente su recurso contra uno de los signatarios solidariamente obligado (1); y que la accion de reembolso podia ser intentada contra ese tercero portador, fuera del

(1) Casacion, 18 de diciembre de 1865, 15 de mayo y 27 de noviembre de 1867.

caso especial y determinado por ella, por la sola razon de que tenia conocimiento de la cesacion de pagos en el momento en que habia realizado el cobro.

Sentimos tanto mas estar en desacuerdo con la Corte de Casacion sobre este punto, cuanto que esas sentencias han recibido la aprobacion de M. Pont, en una extensa nota con que acompaña la sentencia de 15 de mayo precitada.

Así, segun el sistema adoptado por las últimas sentencias, allí donde el texto nombra limitativamente : *aquel por cuenta del cual la letra ha sido librada, ó bien, el primer endosante*, será preciso agregar, *el tercero portador :* allí donde se dice que la accion no puede ser intentada, sino bajo la condicion de que aquel á quien se pide el reembolso, tenga conocimiento de la cesacion de pagos en la época *de la emision del título*, se quiere leer en la época en que *el pago ha sido recibido;* en otros términos, es preciso agregar al texto lo que no exíste y cambiar lo que existe; lo que importa, en nuestra opinion, pasar los límites de la interpretacion permitida.

El principio dominante de la ley de quiebras es que en el desastre comun, todos los acreedores deben ser sometidos á una ley igual, sin que alguno de ellos pueda ser beneficiado con perjuicio de los otros ; los artículos 446 á 448 del Código de comercio sancionan esta regla de la manera mas enérgica y por todos los medios; é inmediatamente, sin embargo, el artículo 449 viene á derogarla, por la disposicion que contiene y que la ley de 1838 ha agregado á la legislacion de 1807. Los motivos que la dictaron están perfectamente explicados, así por M. Persel, entonces guardasellos, como por M. Tripier y sus partidarios que proponian su adopcion. Todos estaban de acuerdo en que la cuestion á decidir era : si el pago de un papel de comercio en cualquiera condicion que se hubiera verificado, debia ser declarado irrevocable. M. Persel ha sido muy explícito á este respecto y M. Tripier, para justificar esta innovacion, decia en la Cámara de los Pares : « Cuando una suma haya sido ilegalmente pagada por el » deudor posteriormente á su quiebra, ella debe ser devuelta á » la masa por el acreedor que la haya recibido; hé ahí la regla » general. ¿Esta obligacion deberá alcanzar á los terceros porta- » dores de papeles de comercio? Esos títulos son una especie de

» moneda cuyo valor es necesario no alterar. Los portadores se » encuentran en la necesidad de recibir el pago al vencimiento ó » de hacer constar su negacion por un protesto; si el pago se ha » efectuado, el protesto no puede tener lugar, y sin el protesto, » no queda recurso alguno contra librador y endosantes. Sin in- » justicia no podria admitirse una regla que les privara al mismo » tiempo, de los valores que habian recibido y de su recurso » contra los endosantes. Se han visto en la necesidad de recibir, » luego deben conservar el pago; pero si ha recibido en descargo » de un precedentemente obligado, contra este habrá de ejerci- » tarse la accion de reembolso. »

En la discusion muy animada á que ha dado lugar la disposicion contenida en el artículo 449, los partidarios de la nueva idea, que querian ver adoptada, han repetido con frecuencia, que los portadores, al vencimiento estaban obligados á recibir el pago, sin poder, en ese caso, formular el protesto; y que por falta de protesto, habian perdido sin embargo, sus recursos contra sus cedentes, en momentos en que se verian sometidos al deber de reembolsar las sumas recibidas. Este argumento debia dominar, por su naturaleza, á todos los espíritus; pero los oradores que lo invocaban no lo han presentado como el único que los hubiera determinado; era demostrativo, y de ningun modo limitativo. En efecto; si la obligacion del portador de recibir el pago al vencimiento, bajo pena, por falta de protesto, de perder los recursos que la ley le ha reservado, hubiera sido el único motivo de la disposicion propuesta, habria un medio mejor que adoptar, como se ha dicho, que aquel que se ha creido deber preferir; y era acordar por sentencia que supliria al protesto, un recurso contra los garantes. « Así, han dicho MM. Massé y Dalloz, se habria » acordado al tercero portador y á la masa todo lo que tendrian » derecho á exigir legítimamente, mientras que en el estado ac- » tual, el derecho acordado á la masa de recurrir contra aquel » por cuenta de quien la letra de cambio fué librada, ó contra el » primer endosante de un billete á la órden, es generalmente » ilusorio, porque el reembolso no es legítimo, sino en tanto » que se prueba que aquel á quien se le pide, tenia conocimiento » de la cesacion de pagos en el momento de la emision del título, » y, muy generalmente, la data de la emision es anterior á la

» época de la cesacion de pagos » (1). Una sentencia, no era tampoco indispensable para conservar el recurso del tercero portador contra sus cedentes; la ley podia adherir este efecto á un acto cualquiera mucho mas simple.

Si el legislador no hubiera querido otra cosa que relevar al tercero portador del perjuicio inherente á la falta de protesto, nada le era mas fácil que emplear una redaccion que hiciera comprender bien su pensamiento, determinando con precision la hipótesis que únicamente queria reglamentar; se hubiera obtenido esta doble ventaja : alcanzar perfectamente el objeto, sin temor de que pudiera ser sobrepasado y evitar la apariencia de atentar al principio de igualdad, que poco antes se habia establecido y sancionado. Es preciso, pues, convenir en que si se aceptó la redaccion que se ha convertido en el artículo 449 es porque se ha querido inaugurar y hacer prevalecer un sistema mucho mas amplio; de lo contrario, seria preciso acusar á los hombres experimentados é instruidos, comerciantes y jurisconsultos, que, en tantas ocasiones, durante muchos años consecutivos, han discutido la cuestion, sea en la Cámara de los Pares, sea en la Cámara de Diputados, de una ligereza bien inexplicable.

Durante la discusion se ha recordado igualmente esta incontestable verdad : cuando un tercero portador recibe el importe de una letra de cambio, no es propiamente á él á quien aprovecha el pago; es el librador ó el dador de órden, si la letra de cambio ha sido librada por cuenta de un tercero, quien recibe en realidad; y si se trata de un billete á la órden, es el primer endosante : son los únicos, en efecto, que á falta de pago, se ven privados de todo recurso útil. Con razon, pues, la accion de reembolso, solo contra ellos puede dirigirse, segun los términos del artículo 449; pero, expresando la disposicion final que, aun contra ese primitivo beneficiario del título, el recurso no puede ser ejercido, si al momento de la emision del título ignoraba la cesacion de pagos, en el hecho quedaba casi ilusorio el principio del recurso, para obligar al reembolso, establecido en la ley. Hay ventaja para el librador y pérdida para la masa ; es evidente. Despues de una discusion muy animada, sin duda, pero con pleno conocimiento de

(1) DALLOZ, v. *faillite*, núm. 338; MASSÉ, núm. 1228.

causa, la masa ha sido sacrificada en esta ocasion, al favor que parecia deberse al pago de los papeles de comercio ; lo que el legislador ha querido establecer es el principio que declara válido el pago de un papel de comercio, y le hace irrevocable ; el interés del comercio, la seguridad de las transacciones, exigen que el tercero portador que ha recibido, no se vea obligado á restituir, sin que se haya querido consignar distincion alguna, y aun sin tener en cuenta, por consiguiente, si tenia ó no un recurso útil. Si aquel contra el cual la accion se dirige no es una de las personas designadas por la ley, ya sea de buena ó mala fe ; que haya ó no formulado protesto ó ejercido recurso contra el precedente endosante; que haya recibido del aceptante mismo, ó de otro cualquiera, contra el cual ha podido útilmente dirigirse y que haya caido en quiebra, esas circunstancias no pueden tomarse en consideracion : si no es aquel por cuya cuenta la letra de cambio ha sido girada ó el primer endosante, no nos cansaremos de repetirlo, no puede ser obligado al reembolso.

« Los informes dados en una y otra Cámara, ha dicho M. Renouard, han puesto de relieve el motivo, deducido de la imposibilidad en que se encuentra un portador, á quien no se rehusa el pago, de formular un protesto y conservar de esa manera su recurso contra sus cedentes. De ahí se ha sacado argumento para declarar inaplicable el artículo al caso en que exista un protesto. Esta pretension no es sostenible en presencia del texto, cuyo *principal pensamiento* ha sido dar seguridad á la circulacion y al cobro de los papeles de comercio emitidos antes de la cesacion de pagos » (1).

Así es cómo ha sido explicada la ley por M. Renouard que tan gran parte ha tenido en su redaccion en las comisiones que la prepararon y en la discusion á que ha dado lugar en las Cámaras ; por M. Demangeat, cuyo elogio sentiríamos no hacer en este lugar, si su notoriedad no hiciera inútil ese cuidado (2) ; por MM. Massé y Dalloz, que hace poco citamos y que ni siquiera parecen sospechar que esta interpretacion pudiera ser discutida, aun cuando tal vez no aprueben el mismo principio que ha triun-

(1) Renouard, tomo I, pág. 404, *sur l'art.* 449, núm. 2.
(2) Demangeat, *sur Bravard*, tomo V, pág. 271, núm 2.

fado; así es, cómo por largo tiempo ha sido ejecutado; y así tambien, lo ha comprendido la Corte de Casacion, cuando una cuestion se ha suscitado por la primera vez. « ¿No es general y » absoluta la disposicion de la ley? decia M. Hardouin, relator. » ¿Cómo una sentencia calcada sobre un texto *claro y preciso*, » podria incurrir en vuestra censura? Y si investigamos el mo- » tivo determinante de la disposicion excepcional del artículo » 449, lo descubrimos fácilmente: es la intencion por parte del » legislador, de facilitar la circulacion de los papeles de comer- » cio, de acreditar ese signo monetario, de darle, bajo ciertos » aspectos, mas precio y valor que á un título ejecutivo. »

Un sistema que se apoyaba en los fundamentos desarrollados por M. Renouard y que M. Hardouin ha podido declarar ante la Corte de Casacion, hallarse calcado sobre el texto mismo, parecia al abrigo de toda controversia, no obstante la hesitacion de algunas Cortes imperiales; y sin embargo, treinta años despues de la promulgacion de la ley, la Corte de Casacion viene á declarar que esa ley no habia sido hasta ahora comprendida por los mismos que la habian confeccionado, como M. Renouard, y que sus términos no habian sido leidos con bastante atencion, á lo que parece, por M. Hardouin, su relator.

Si las razones expuestas en apoyo de la nueva doctrina, son perentorias y sin réplica, forzoso nos será cambiar de opinion, sintiendo, sin duda, y no sin asombro, que se haya tardado tanto tiempo á encontrarlas. Vamos, pues, á exponerlas.

« Considerando, ha dicho la Corte de Casacion en su sentencia » de 15 mayo 1867, que, segun su economía general y los moti- » vos que la dictaron, la disposicion del artículo 449 no es apli- » cable sino al pago verificado al vencimiento por el aceptante. »

Y en la sentencia de 27 de noviembre siguiente:

« Considerando que del espíritu y letra de la ley, resulta que » esta disposicion no es aplicable sino al caso en que el tercero » ha recibido del aceptante al vencimiento, el pago de la letra de » cambio de que era portador. »

Hablar de *la letra* de la ley en esta circunstancia no puede ser mas que el efecto de una distraccion; y el mismo M. Pont conviene en que el artículo 449 *tal como ha pasado al Código de comercio, no contiene esas expresiones, tan netas y tan esencial-*

mente restrictivas que explicarian perfectamente el nuevo sistema de la Corte de Casacion.

En cuanto *al espíritu*, puede parecer una peticion de principio, la afirmacion de la Corte á este respecto; y no es admitida ni por M. Renouard, ni por MM. Dalloz y Massé; la rechazamos por nuestra parte con todas nuestras fuerzas por las razones expuestas.

En presencia de tales divergencias ¿qué harán los justiciables? Toda dificultad desaparece, si uno quiere atenerse al texto; y el texto es para nosotros, el argumento perentorio y decisivo. En efecto, cuando un texto es *claro* y *preciso*, como lo ha dicho M. Hardouin ante la Corte de Casacion, son inútiles los comentarios; es preciso someterse á él sin modificarlo; sin agregarle ni quitarle nada: cuando se le halla desgraciadamente redactado que sea ininteligible ó inaplicable, ó bien cuando presenta dos sentidos, uno y otro igualmente plausibles, entonces y solo entonces, el comentador y el juez, deben remontar á las discusiones y á las circunstancias accesorias. Si cada uno se presume que conoce la ley, nadie está obligado á saber qué discusiones han precedido á la promulgacion; discusiones por lo demás que, en este caso, nos parece que se hallan de perfecto acuerdo con el texto.

M. Pont, como se presume, no se ha contentado con las afirmaciones, tan decisivas de la Corte de Casacion; y ha entrado en desenvolvimientos que no podian hallar su lugar en una sentencia: el sistema que ha sostenido con su talento habitual, desarrollado con mucho cuidado y método, descansa, en definitiva, sobre estos dos puntos, que reasumen para él toda la discusion y que nosotros hemos recordado hace un instante:

1° Cuando un tercero portador recibe el valor de una letra de cambio, es el librador quien lo recibe por su mano;

2° La mayoría de los oradores que han hablado en favor de la nueva disposicion, ha invocado esta consideracion: que el portador á quien el pago era ofrecido al vencimiento, se hallaba en la imposibilidad de conservar, por medio del protesto, su recurso contra sus cedentes.

La primera de esas dos proposiciones es incontestable; pero no comprendemos cómo puede invocarse en apoyo de la tésis sostenida por M. Pont. Si fué recordada en la discusion legisla-

tiva, es porque servia para explicar, como lo hemos dicho, que la accion de reembolso quedaba reservada, á lo menos en principio, contra el librador únicamente, excluyendo al tercero portador. Se la subordinaba, es verdad á una condicion que hacia casi imposible, en el hecho, su ejercicio; y ese era el pensamiento de la ley. Pero si se quiere, sin embargo, que el tercero portador pueda ser accionado, que lo sea á lo menos con la expresa condicion de que conozca la cesacion de pagos en el momento de la emision : ó bien, lo repetimos, despues de haber agregado al texto lo que le falta y de cambiar lo que contiene.

Es evidente, por lo demás, que el resultado no es el mismo si el pago se hace por el librador ó por uno de los endosantes : en el primer caso, y cualquiera que sea la época del pago, antes ó despues del protesto, toda accion se halla extinguida y el negocio está enteramente consumado. En el segundo caso el pago da orígen á las acciones recursorias y á las consecuencias que se derivan; pero el texto no distingue mas un caso que otro; y no por eso quiere menos dar toda seguridad á la negociacion de la letra de cambio.

La segunda proposicion recuerda un hecho de una perfecta exactitud; en presencia de una muy viva oposicion por parte del gobierno, era inevitable, M. Renouard lo ha dicho, que se pusiera en relieve la hipótesis que, entre todas, era la mas resaltante; pero nadie ha dicho que esa hipótesis era la sola y única que la ley queria prever y reglar : nadie ha dicho que el pago, para ser libre de reembolso, debia ser hecho por el *aceptante*, y no por otro cualquiera; no se queria reglar un caso *especial* y *determinado;* se queria establecer un sistema y hacer de los papeles de comercio, como lo ha dicho M. Tripier, *una especie de moneda;* hé ahí lo que puede explicar las discusiones tan vivas y animadas á que ha dado lugar el artículo 449. Admitiendo, por un momento, sin embargo; para justificar un razonamiento, al cual concedemos una extrema importancia, que oradores del gobierno y relatores, hubieran sido explícitos y unánimes para afirmar lo que no han pensado decir, siendo el texto general y absoluto, y de ningun modo restrictivo, conforme á los principios con tanta frecuencia y con tan justa razon consagrados por la Corte de Casacion en todas circunstancias, solo el texto de-

biera ser obligatorio y observado; y no los comentarios. La ley está escrita para cegar la fuente de los pleitos; la interpretacion no debe ser un medio de hacerlos revivir.

Lo único que el texto no tenia necesidad de reservar, era el fraude ó lo que debe necesariamente hacerlo presumir; así en un caso juzgado por la Corte de Burdeos, el pago que no habia sido hecho en dinero, sino en mercaderías, debia ser anulado en virtud de la disposicion del artículo 446. Si el artículo 449 protege el pago de los papeles de comercio, es á condicion de que se verifique de un modo regular y legal; cuando no se ofrece en dinero, el tercero portador debe protestar y ejercer su recurso, ó se expone á que su buena fe sea sospechosa; y el caso de fraude se encuentra del mismo modo exceptuado en la disposicion del artículo 449 que en la del 447. Si el tercero portador, dice M. Bedarride, no hace en realidad mas que prestar complaciente su nombre, si se asocia á un fraude, no hay razon alguna para distinguirlo del autor de ese fraude. Por el contrario, debe serle comun la pena fulminada contra este; y si los dos se han concertado para engañar á los acreedores, es justo que les sea solidariamente impuesta la reparacion. Es preciso no olvidar, además, que el artículo estatuye exclusivamente para los pagos verificados antes del juicio declarativo de la quiebra.

J. Alauzet (1).

Las observaciones precedentes no eximen de investigar cuál ha sido el espíritu de la legislacion moderna al exceptuar de la regla general que rige los pagos de deudas vencidas, despues de la fecha de la cesacion de pagos, el que se verifique de una letra de cambio; pero el exámen comparativo de nuestra legislacion,

(1) *Revue pratique de droit français*, tomo XXVIII, pág. 6.

nos demuestra, que en este punto, aceptando la regla general establecida en el Código francés, la excepcion ha sido desechada. En efecto, el artículo 447 del Código francés dice así : « Todos los demás pagos de deudas » vencidas y todos los demás actos á título oneroso, » verificados por el deudor despues de la cesasion de » pagos y antes del juicio declarativo de la quiebra, » podrán ser anulados si de parte de los que han reci- » bido algo del deudor ó contratado con él ha habido » conocimiento de la cesacion de pagos ; » y esa disposicion es precisamente la misma de nuestro artículo 1541, al cual se ha agregado únicamente, « salvo el » derecho á los terceros de buena fe para reclamar las » sumas de su pertenencia que hubiesen entrado á la » masa. »

Esta es la regla general á que quedan sometidas todas las operaciones que válidamente ha podido ejecutar el fallido desde la efectiva cesacion de pagos hasta el momento en que el juicio declarativo de la quiebra le priva de la administracion de sus bienes; pero tratándose de letras de cambio, la regla se doblegaba ante consideraciones de otro órden y una excepcion libraba del reembolso al tenedor que habia recibido el importe con noticia de la cesacion de pagos. La necesidad de garantir la inmensa circulacion de los papeles de crédito, alejando la desconfianza y la incertidumbre sobre su eficacia, han hecho prevalecer el sistema aleman, segun el cual la letra de cambio es una especie de papel moneda, cuyo valor é importancia, es preciso no alterar ni disminuir, en el interés mismo de la sociedad; y de ahí, como consecuencia forzosa del sistema, el artículo 449 del Código francés.

Despues de trascribir las palabras con que M. Tri-

pier fundaba esa excepcion en la Cámara de los Pares, y que antes se han consignado, Massé agrega: « Hay » sin duda algo de verdad en esas consideraciones, en » el sentido que al tercero portador, que ha sido pagado » y que no puede por consiguiente protestar, no debe » privársele á la vez de su recurso contra los prece- » dentes endosantes y de la suma recibida, la que no » podia menos de aceptar. Pero quizá habria un medio » mejor que el adoptado, para restablecerlo en una po- » sicion normal: era decidir que la sentencia que con- » denara al tercero portador á devolver á la masa lo » que hubiera recibido, con noticia de la cesacion de » pagos equivaldria á un protesto para recurrir contra » sus garantes. » ¿Necesitaremos decir que el medio propuesto por Massé en los mismos términos con que lo enuncia, se ha convertido en la disposicion legislativa que forma nuestro artículo 1542?

En el artículo de M. Alauzet queda bien demostrado que el espíritu del legislador no se ha preocupado únicamente de la dificultad cuya solucion propone Massé de un modo distinto y que al establecer la excepcion contenida en el artículo 449 ha sido guiado por consideraciones de un órden superior que lo han inducido á adoptar respecto de la letra de cambio un sistema diverso del que rige las operaciones ordinarias del comercio en caso de quiebra; sistema que haciendo de la letra una especie de papel moneda, garantiese su valor al tenedor librándolo de las zozobras y peligros á que es tan expuesto en su resultado en las demás operaciones comerciales. Valiéndonos de autoridades igualmente notables, agregaremos que esa solucion no llena el objeto que se propone, porque no solo perjudica la circulacion y el crédito de los papeles de comercio

sino que viola tambien el principio de igualdad que rige á los acreedores.

El antiguo texto del Código, dice Bravard, y la legislacion anterior no hacian distincion á este respecto entre el portador de un papel de comercio y cualquiera otro acreedor. Parece á primera vista que esto es conforme al principio de igualdad. En efecto, ¿ por qué el portador de una letra de cambio ó de un pagaré á la órden seria mas favorablemente tratado que un vendedor por ejemplo? Y sin embargo el vendedor se veria obligado á devolver á la masa el precio que haya recibido aun cuando los objetos vendidos se encontraran idénticos en el activo de la quiebra.

Ciertamente si se hace depender la cuestion del grado de favor que merezca tal ó cual acreedor, seria imposible conceder al portador de un papel de comercio, preferencia alguna sobre el vendedor. Así, precisamente es esa la consideracion que se ha hecho valer contra la proposicion de libertar á los portadores de papeles de comercio de las nulidades dependientes del conocimiento de la cesacion de pagos.

Pero habia en realidad, en la asimilacion que se queria hacer y que el antiguo texto del Código de comercio habia hecho de los portadores de papeles de comercio con los otros acreedores una confusion de ideas, en olvido de las condiciones inherentes á esas dos clases de títulos. Esta asimilacion conforme en apariencia al principio de igualdad le era en realidad diametralmente opuesta. En efecto, anular el pago hecho á un acreedor comun es colocarlo simplemente en la misma posicion que si el pago no se hubiera realizado, sujetarlo como los demás á la ley del dividendo. Pero anular el pago hecho á un portador de un título

de crédito, de una letra de cambio, por ejemplo, seria colocar á ese acreedor en peor situacion que si el pago no hubiera tenido lugar; porque no puede conservar su recurso contra sus garantes sino á condicion de formular un protesto al dia siguiente del vencimiento, protesto que de hecho es imposible porque el pago ha tenido lugar.

Era entonces necesario para conformarse al principio de igualdad, ó bien libertar al portador de la obligacion de devolver la suma recibida, ó bien devolverle su accion recursoria contra sus garantes. ¿Pero esta accion de recurso puede devolvérsele? No, porque hubiera sido prolongar indefinidamente una responsabilidad limitada por excelentes razones á una duracion muy corta.

Por otra parte, aun cuando se hubiera querido dejar á un lado esta dificultad, se hubiera encontrado otra que es verdaderamente insuperable: en vano se habria querido devolver su accion al portador; no se le podria colocar en la misma posicion que tendria si el pago le hubiera sido negado. En efecto, en el intervalo que media entre el pago y el ejercicio de la accion que se hubiera devuelto al portador, ¿cuántos cambios no han podido alterar la situacion de sus garantes? La solvencia es esencialmente variable; ella existia, quizá, al vencimiento; hoy ha desaparecido.

Era pues, forzoso llegar á esta consecuencia por respeto al mismo principio de igualdad, sanamente entendido: es necesario dispensar á los portadores de papeles de comercio de toda obligacion de reembolsar á la masa las sumas que les hubieran sido pagadas, aun cuando hubieran tenido conocimiento de la cesacion de pagos.

Eso es lo que muy sabiamente han hecho los autores de la nueva ley, por el artículo 449 (1).

Esta sencilla observacion, agrega Bravad en la nota, ha escapado completamente á M. Massé; y despues de trascribir el párrafo de este autor en que propone el medio conciliatorio para garantir los derechos del tenedor, califica de *irreflexivo* ese pensamiento; y sin embargo ese pensamiento *irreflexivo* ha sido adoptado por nuestro Código de comercio y convertido en la regla que consigna al artículo 1542.

Tenemos pues, como un resultado preciso de la discusion y de la doctrina adoptado por la jurisprudencia francesa, única fuente de nuestra legislacion sobre este punto, que la excepcion que liberta al tenedor de una letra de devolver su valor recibido despues de la fecha de la cesacion de pagos y antes del juicio declarativo de la quiebra, reconoce por fundamento : 1° la necesidad de mantener á los acreedores en una situacion igual respectiva; 2° la conveniencia de favorecer la circulacion de las letras de cambio, inspirando confianza por la seguridad y firmeza del pago; y 3° guardar consecuencia con la moderna doctrina que considera la letra de cambio como una especie de moneda de papel, por medio de la cnal se verifica una parte considerable de los cambios y se saldan las mas importantes operaciones comerciales.

Entre tanto, la indicacion de Massé, convertida en el artículo 1542 del Código, viola el principio de igualdad, pues coloca al tenedor en peor condicion que si el pago le hubiera sido negado, no solo por la tardanza en el ejercicio de su accion contra los garantes, sino

(1) Bravard Veyrières, *Droit comm.*, tomo V, pág. 269 y siguientes.

tambien por los cambios que ha podido sufrir la solvencia y responsabilidad de sus garantes : prolonga indefinidamente la responsabilidad de los garantes de la letra, fuera de los términos precisos y calculados de antemano, dentro de los cuales pueden y deben contar que la accion del tenedor se produzca, dejando pendiente esa responsabilidad de un suceso incierto, cual es la sentencia que pronuncie la nulidad del pago efectuado por el girado fallido : y en fin contraría abiertamente la doctrina hoy invariablemente aceptada, que considera á la letra de cambio como una moneda de papel y la rodea de toda clase de seguridades y garantías.

Con estos antecedentes debemos creer que solo irreflexivamente ha podido aceptarse un pensamiento tan abiertamente contrario á los principios y á la buena doctrina, aun cuando lo haya formulado un escritor bajo todos aspectos recomendable; mucho menos adelantado que la disposicion que se pretendia corregir; y sobre todo tan contradictorio con el espíritu bien claro y manifiesto del legislador (1). Si la disposicion del artículo 449 del Código francés, sacrifica á la masa en favor de la letra de cambio, dirigiendo el reclamo de la suma pagada contra el que en definitiva aprovecha del pago; es decir, contra aquel por cuya cuenta se ha librado; el artículo 1542 de nuestro Código y la fórmula de Massé, sacrifican á la letra en favor de la masa, abandonando al tenedor á las incertidumbres de una gestion tardía é insegura y sometiendo á los garantes á una responsabilidad de duracion indefinida.

En último resultado, en vez de avanzar con la cien-

(1) Véase la nota con que se acompañó el Código de comercio en la parte relativa á la legislacion de las letras de cambio.

cia moderna y los progresos de la legislacion en materia de letras de cambio, hemos retrocedido aun al Código francés de 1808, que no establecia diferencia alguna entre el portador de una letra de cambio y cualquier otro acreedor respecto de los pagos anulables desatendiendo así completamente la favorable reforma de 1838.

III

PRIVILEGIOS DEL BANCO DE LA PROVINCIA

PRIMER ARTÍCULO (1)

Los privilegios del Banco de la Provincia en los concursos. — Cobro de intereses provenientes de créditos hipotecarios.

Mas de una vez se ha dejado escuchar en la tribuna parlamentaria, en la prensa y en la cátedra de los doctores, una protesta formulada en nombre de la libertad de comercio y de crédito, contra los privilegios del Banco de la Provincia, bajo el punto de vista económico y de conveniencia social : pero reconociendo los inmensos servicios prestados á la industria y al comercio por ese establecimiento, en un país naciente como el nuestro, merced á su constitucion actual, preciso es confesar, que en algun caso, el error de doctrina sobre la aplicacion práctica de sus privilegios, ha podido dar pávulo á una crítica demasiado severa y alentar á sus

(1) Artículos publicados en la *Revista de legislacion y jurisprudencia*, de Buenos Aires.

adversarios. No entra en nuestro propósito examinar aquella importante cuestion económica, para cuyo debate no nos sentimos con fuerzas suficientes; y vamos únicamente á ocuparnos de un incidente provocado por la aplicacion de los privilegios del Banco en la quiebra de sus deudores y en el caso especial de un crédito hipotecario.

En el concurso de D. J. K... (1) tenia el Banco de la Provincia, un crédito hipotecario á su favor, por valor de 350,000 pesos, cuyo cobro gestionó ejecutivamente hasta obtener el remate de la finca gravada y la consignacion en el mismo establecimiento del precio de la venta que ascendió á la suma de 386,205 pesos, deducidos los honorarios del abogado del Banco, y gastos de la ejecucion. El síndico del concurso, haciendo notar entonces que el dinero proveniente de la finca afectada especialmente al crédito del Banco, no alcanzaba á cubrir íntegramente el monto del capital, con todos los intereses, hasta la fecha (junio de 1867) devengados, pidió de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1543 y 1710 del Código de comercio, se adjudicara en pago y chancelacion la suma resultante al acreedor hipotecario.

Así lo decretó el juzgado, mandando quedara sin efecto el depósito, hasta entonces á su órden, de esos fondos; pero el presidente del Banco, contestando el oficio en que se le comunicaba aquella resolucion, le remitió una cuenta de la que resultaba un saldo á favor del concurso de 38,038 pesos, previo pago del capital, intereses y gastos de la ejecucion; lo que hacia ascender la suma cobrada por el Banco á la cantidad de

(1) Juez doctor Barra, oficina de Salvadores.

453,924 pesos, de que pretendia reembolsarse, adjudicando al abono de su crédito, la suma necesaria detraida de otros depósitos por cuenta del concurso, además del producido de la finca hipotecada.

El síndico del concurso se opuso el reconocimiento de esa cuenta; y fundándose en el artículo 1710 del Código de comercio que establece la preferencia del acreedor hipotecario sobre el producto de la venta de los bienes especialmente afectados; y dispone que si ese producto no alcanzare á cubrir el capital, por lo que faltare, concurra dicho acreedor, á prorata, con los acreedores personales, sentó como conclusion, que la adjudicacion en pago, que el Banco solicitaba de fondos del concurso, procedentes de la venta de otras existencias, que la finca gravada, era completamente ilegal, y que además, habiéndose satisfecho íntegramente del importe de su capital y de una parte de los intereses, con el producido de la venta de la finca gravada, no tenia derecho, ni para concurrir á prorata por el saldo de los intereses con los acreedores personales del concurso; pidiendo, en consecuencia, que el juzgado declarara chancelado totalmente el crédito del Banco con la adjudicacion que se le hizo del producido de la venta de la finca, recordando la disposicion del artículo 1543 que confirmaba la justicia de su peticion.

Previa certificacion de la fecha de la declaracion de quiebra, que resultó fijada el 30 de enero de 1865, el agente judicial del Banco, sosteniendo la legalidad de la cuenta, impugnó la doctrina del síndico del concurso, afirmando que el artículo 1543 del Código en el cual se establece el principio de que el juicio declarativo de la quiebra suspende, solo con relacion á la masa, el curso de intereses de los créditos no garanti-

dos por privilegio, hipoteca ó prenda, pudiendo cobrarse los intereses de estos créditos únicamente del producido de los bienes afectados, lejos de contrariar la cuenta presentada por el Banco, era el texto mas incontestable que pudiera citarse para fundarla: Que si en efecto, el acreedor hipotecario solo tiene prelacion sobre el producto de los bienes afectados, debiendo concurrir con los personales, á prorata, por lo que faltara del capital; y el Banco tenia en este caso, á su favor *señaladamente* la hipoteca de la finca ejecutada, no por eso dejaba de estar garantido *además* su crédito por el privilegio que la ley acuerda á sus acciones; privilegio que como es sabido, se equipara en sus efectos á la real hipoteca. Y como el artículo 1543 del Código establece, segun se ha notado ya, que los intereses de los créditos garantidos por hipoteca, privilegio ó prenda, solo pueden ser reclamados de las cantidades provenientes de los bienes afectados al privilegio, la prenda, ó la hipoteca, es claro que, si el producto de la finca señaladamente gravada, no alcanzaba, como no alcanzó en efecto, á cubrir la totalidad de los intereses debidos, el Banco tenia un perfecto derecho para aplicar á la integridad del cobro los demás fondos del concurso, que provenian de bienes que le estaban igualmente afectados, sino por hipoteca convencional expresa, por el privilegio que le acuerda la ley, respecto de todos los bienes del deudor y que constituye una verdadera hipoteca legal.

Que en cuanto al artículo 1710, la cita no era aplicable al caso; pues si el producto de la finca no alcanzó á cubrir íntegramente la deuda, el Banco no quedaba, por eso, en la condicion de un acreedor personal, teniendo todos los bienes de su deudor afectados

al privilegio de que goza y pudiendo ejercitar sus acciones, hasta su íntegro pago, sobre el producto de esos bienes, segun la disposicion del artículo 1543, lo que no sucederia con un acreedor meramente hipotecario.

Debatida así la cuestion, el juez de primera instancia la resolvió de la manera siguiente :

Buenos Aires, 6 de noviembre de 1867.

Vistos. — No pudiendo ser reclamados contra la masa los intereses de los créditos garantidos sino sobre las cantidades provenientes de los bienes afectados al privilegio, á la hipoteca ó á la prenda, segun lo declara el párrafo 2º del artículo 1543 del Código de comercio, faltando en el presente caso la base legal para hacer el cobro de intereses, puesto que no hay ni puede haber cantidades provenientes de los bienes afectados á su privilegio, que serian los únicos fondos con que podria verificarse su pago ; atentos los términos de aquella disposicion, se declara chancelado el crédito del Banco en principal é intereses, mediante la adjudicacion que se le hizo del producido de la finca hipotecada á su favor.

El agente del Banco pidió revocatoria de esta resolucion y apelacion en subsidio, insistiendo para fundarla, en los argumentos antes mencionados y procurando demostrar, cómo el Banco, que tenia á su favor privilegio sobre los bienes de sus deudores, tenia tambien derecho para cobrar sobre el producto de esos bienes los intereses de sus créditos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1543, que garante á los acreedores el pago de los intereses, sobre el producido de

los bienes afectos al privilegio, hipoteca ó prenda; haciendo notar, además, la diferencia que existe entre el simple acreedor hipotecario en el caso del artículo ya citado y el acreedor que, como el Banco, además de la garantía convencional proveniente del contrato, tenia á su favor la hipoteca tácita general, extensiva á todos los bienes del deudor, establecida por la ley, para obtener el íntegro pago de sus créditos, que la resolucion, cuya revocatoria solicitaba, totalmente le negaba.

Denegada la revocatoria por los fundamentos de la resolucion anterior, y concedida la apelacion, la expresion de agravios, por parte del Banco, se redujo á repetir los anteriores argumentos, explicando, cómo la hipoteca convencional no podia en caso alguno perjudicar el privilegio de que gozaba; y que si en virtud de ese privilegio hubiera podido obtener el pago íntegro del capital é intereses, haciendo uso de la accion hipotecaria, no debia verse privado de aquel beneficio legal, que subsistia por la ley de su constitucion, no obstante la facultad de convenir, en una garantía especial y señalada, que le habia sido concedida al establecimiento (1).

El síndico del concurso, respondiendo á la expresion de agravios, sienta, en primer lugar, que el Banco de la Provincia no puede pretender privilegios en los casos de quiebra, porque el Código de comercio que regla en el procedimiento los derechos y privilegios que en el juicio de concurso pueden producirse, no registra disposicion alguna que sancione, ni aun men-

(1) Ley de 5 de julio de 1856, Registro oficial, libro XXXVI, pág. 36. El artículo 6° de la ley dice así: « A mas de esta prelacion el Banco conservará por los créditos á su favor los privilegios fiscales que le están declarados.»

cione, el privilegio general que el Banco invoca en su favor, ni podria tampoco ser amparado de esa manera un establecimiento de provincia por una ley dictada para toda la nacion. Que, por otra parte, ninguna ley anterior podia recordarse á este respecto : 1° Porque el Código como promulgado posteriormente, la habia dejado sin vigencia ; 2° Porque las materias sobre que legisla están solo sujetas á los preceptos que encierra, sin que puedan someterse á otra legislacion ; y 3° Porque siendo leyes provinciales las que benefician al Banco; mal pueden invocarse en los procedimientos de quiebra, regidos como están, por un Código nacional.

Despues de apuntar esa objecion contra los privilegios del Banco en el juicio de quiebra, pasa á examinar el principio establecido por el artículo 1543 del Código y se pregunta : ¿ El privilegio de que hace mencion ese artículo es un privilegio especial, sobre un bien determinado ? — y fundándose en la letra del segundo inciso — « los intereses de los créditos garan- » tidos solo pueden ser reclamados sobre las cantidades » provenientes de los bienes afectados al privilegio, la » prenda ó hipoteca, » concluye que el artículo se refiere á un privilegio especial, que tenga bienes especialmente afectados y que haya sido creado sobre esos mismos bienes. Solo con esta solucion, agrega, pueden conciliarse las referencias y concordancias de otras disposiciones del Código en el juicio de concurso, sobre todo las que establecen la manera de distribuir los fondos con relacion á la clase y calidad de los créditos ; y de ahí es que, segun el artículo 1703, los acreedores con privilegio general deben ser pagados por la masa, para la cual cesa el curso de intereses, mientras que los que disfrutan de un privilegio espe-

cial, deben ser abonados con el producto de los bienes determinadamente afectados y hasta donde alcance su valor en capital é intereses; y como en el privilegio general no hay un bien, sobre cuyo valor pueda recaer el pago del capital y el cálculo de los intereses, sino que el abono queda á cargo de la masa, dispensada en principio de los intereses, es claro que cuando el artículo 1543 menciona el crédito privilegiado, se refiere únicamente al que lo es especial sobre un bien determinado.

En apoyo de esta doctrina, invoca la jurisprudencia del tribunal en casos análogos, citando el incidente ocurrido en el concurso de los señores Torta y Colombo con el mismo Banco, en el cual, á pesar de la resolucion favorable que obtuvo del extinguido tribunal de comercio, por la falta de preparacion y de estudio para penetrar el alcance de los principios y disposiciones de un Código, recien dictado y cuya aplicacion comenzaba, se dictaron las resoluciones siguientes :

(Cámara de lo criminal.)

Señores : — *Alsina*, *Carrasco*, *Medina*, *Font*, *Barros Pazos*.

Vistos : No pudiendo ser reclamados contra la masa los intereses de los creditos garantidos, sino sobre las cantidades provenientes de los bienes afectados al privilegio, á la prenda, ó hipoteca, segun lo declara el párrafo segundo del artículo 1543 del Código de comercio; y no habiendo en el presente caso esos bienes afectados, se revoca el auto apelado de foja 30 y satisfechas las costas, devuélvanse, etc.

(Cámara de lo civil.)

Señores : — *Carreras*, *Pica*, *Salas*, *Somellera y Cárcova*.

Vistos : Por sus fundamentos se confirma el auto apelado de foja 295 y satisfechas las costas, devuélvanse por su órden.

Concluye el síndico con que estas resoluciones colocaban al Banco en el caso de un litigante temerario, que aun despues de vencido, vuelve de nuevo á gestionar sobre doctrinas ya condenadas, como opuestas á la verdadera inteligencia y alcance de las disposiciones del Código, pidiendo, por tanto, la confirmacion de la sentencia de primera instancia.

La Cámara de lo civil dictó la sentencia siguiente:

Señores — *Carrasco, Pica, Salas, Somellera, Alsina.*

Vistos: considerando que segun se establece en el artículo 1543 del Código, los intereses de los créditos privilegiados, hipotecarios y prendarios, no se suspenden por la declaracion de quiebra, sino que corren sobre el producto de los bienes afectados al privilegio, á la hipoteca ó á la prenda; Que el Banco de la Provincia por el hecho de haberse constituido por convencion en acreedor hipotecario especial, no pierde la calidad de privilegiado que le confiere el artículo 5° de la ley de 26 de junio de 1822. Que si en virtud de este privilegio, que le acuerda hipoteca legal sobre todos los bienes de su deudor, podia hacerse pago del capital é intereses, que segun el artículo del Código no se han suspendido respecto del producto de todos los bienes del fallido, mal puede deducirse que se puso de peor condicion, por haber exigido la hipoteca especial sobre la finca vendida: Que por consiguiente no puede considerarse solo como hipotecario especial convencional, prescindiendo del privilegio que le concede la ley, y que siempre se le ha reconocido, sino que con este carácter se ha cobrado bien por la cuenta á que se refiere el oficio de foja 67: se revoca el auto apelado de foja 76 y satisfechas las costas devuélvanse, etc.

En la tercera instancia á que este asunto fué llevado, por la apelacion que interpuso el síndico, ningun argumento nuevo produjeron las partes, en el sentido de

las soluciones que respectivamente buscaban en la cuestion que debatian, y la Cámara de lo criminal, en la oportuna estacion del juicio, lo resolvió definitivamente del modo siguiente :

Señores : — *Medina*, *Font*, *Gonzalez Garaño*, *Dominguez*, *Languenheim*.

Vistos : Considerando que bajo la jurisprudencia anterior al Código de comercio, la declaracion de quiebra suspendia el curso de los intereses para todos los acreedores, y el Banco no podia cobrar, á pesar de sus privilegios, los posteriores á dicha declaracion : Que el artículo mil quinientos cuarenta y tres del Código, no ha hecho alteracion á este respecto sino para los créditos garantidos por privilegio, hipoteca ó prenda sobre bienes determinados, segun se deduce claramente del segundo párrafo de dicho artículo : Que por consiguiente, ni por la ley de 26 de junio de mil ochocientos veintidos, ni por el Código, tiene derecho el Banco á cobrar intereses, sino con arreglo á lo prescripto en el citado artículo mil quinientos cuarenta y tres y sus referentes, se reforma el auto recurrido, de foja 95 vuelta, confirmándose el de primera instancia, foja 76, y satisfechas las costas, devuélvanse por su órden.

Creemos que la cuestion propuesta por el Banco, ha sido resuelta con toda justicia, estableciendo la verdadera doctrina, y de un modo conforme á los principios sancionados por la ley comercial. Esa solucion está, por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia anterior, de suerte que podemos considerarla fijada definitivamente en cuanto á la aplicacion de los privilegios del Banco en los concursos, cuyos créditos quedan sometidos á la disposicion del artículo 1543 del Có-

digo, por lo que respecta al cobro de intereses, y en las mismas condiciones que los particulares exceptuados por la naturaleza de sus créditos.

El principio dominante en toda legislacion de quiebra, es la igualdad de derechos para todos los que se encuentran confundidos en una situacion idéntica, perdidas todas las garantías de solvencia y de crédito en virtud de las cuales habian tratado con el deudor, y comprometidos sus intereses, perdida tambien, en la generalidad de los casos, porque no siempre la quiebra es la total insolvencia, la esperanza de un íntegro pago. Para mantener esa igualdad entre todos los afectados por el comun desastre, la ley crea esa especie de persona jurídica, que se llama la masa, reunion de todos los derechos é intereses, que unas veces representa el fallido, otras veces á los acreedores, y tambien á aquel y á estos contra las gestiones individuales, pero siempre en el interés comun, siempre en el sentido de una imparcial administracion, de un exacto recobro y de una justa y porporcional distribucion.

Sobre esa base, y obedeciendo á ese plan, ha sido formado el libro cuarto del Código de comercio. En beneficio de la masa, la ley dicta las medidas provisorias, le entrega la administracion de los bienes de la cual queda el fallido despojado, pronuncia la nulidad de los actos que en fraude de sus intereses han podido celebrarse, hace exigibles todos los créditos, suspende el curso de los intereses y organiza la administracion hasta la completa distribucion del activo. El principio de igualdad reune y acumula todos los derechos y todos los intereses de los que, por la declaracion de quiebra, ven desaparecer toda la confianza en el cré-

dito y todas las esperanzas de solvencia de su comun deudor. ¿ Quién queda fuera de ese nivel y libre de la aplicacion de este principio? — Unicamente el que no ha confiado en la solvencia y el crédito del obligado, y ha procurado como garantía la responsabilidad directa de un bien determinado, cuyo valor quedará afectado al pago de la obligacion, ó el que por la naturaleza y condiciones de su crédito goza de un beneficio legal que le acuerda preferencia para reintegrarse sobre el valor de una cosa señalada.

El acreedor hipotecario ó prendario, que tiene un derecho real sobre la cosa gravada, á mas de la responsabilidad personal del deudor; y el acreedor singuiarmente privilegiado, que disfruta de una preferencia inequívoca sobre el valor del bien afectado al privilegio, no corren la suerte de los demás, no se encuentran en las mismas condiciones que estos; tienen una garantía especial que les asegura, sino el todo, por lo menos una gran parte de su capital, y que los separa hasta cierto punto de la masa de acreedores, librándose de la incertidumbre y de la ruina que á estos amenaza. Pueden, en efecto, solicitar la venta del bien gravado, sin esperar el resultado del concurso, y recibir el importe de su crédito (1) mucho antes que los acreedores personales sepan aun á cuánto ascenderá el dividendo que les toque en suerte recibir.

En tales condiciones, la suspension de los intereses, que en favor de la masa pronuncia el artículo 1543 del Código, no debia comprenderles, porque tampoco les alcanza la razon en que se funda, y teniendo derecho para cobrar la totalidad de su crédito, era justo abonár-

(1) Art. 1704 y 1710 del Código.

seles con el valor de la cosa gravada, porque un crédito no puede decirse íntegramente pagado sino cuando ha sido satisfecho completamente el capital é intereses devengados.

No sucede lo mismo con el acreedor que goza de un privilegio general, que no teniendo derecho alguno sobre un bien determinado, entra necesariamente en la clase de los personales, cuyos créditos deben ser cubiertos por la masa (1) respecto de la cual el curso de los intereses queda suspendido desde la fecha de la declaracion de quiebra. Mucho es ya que tenga la preferencia en la distribucion, y la seguridad de recobrar su capital, siempre que el activo de la quiebra alcance á cubrirlo, para que además se le acuerde el derecho de absorver con los intereses una parte del dividendo correspondiente á los demás créditos no privilegiados, cuando se encuentra en la misma categoría, aun que colocado en primera línea. A un crédito con privilegio general, como á uno puramente quirografario, puede decírsele con toda justicia : — La quiebra fija los derechos de los acreedores en la situacion en que se encuentran, los pone en estado de liquidacion, y para eso les atribuye una exigibilidad de que de otro modo no disfrutarian, atribuyendo á la masa la administracion y distribucion de los bienes. El pago de los intereses, perjudicaria, pues, á los mismos acreedores, que verian desaparecer el capital de los créditos menos importantes, absorvido por los intereses de los mas crecidos, violando así el principio de la igualdad que debe regir á todos los comprometidos por la quiebra. La suspension de los intereses es una consecuencia

(1) Art. 1703, inc. 1°, del Código.

forzosa, por una parte, de la exigibilidad de los créditos, de la cual es en cierto modo, la compensacion, y por otra parte, de la conversion de los créditos en dividendos : que se opera respecto de todos los acreedores no garantidos especialmente, y es imposible que al nuevo derecho que adquieren en virtud de esa conversion, puedan atribuirse intereses, ya sea convencionales, porque esta convencion se opera en virtud de la ley y no en virtud de la conversion; ya moratorias, porque el pago de los dividendos depende de la marcha de las operaciones de la quiebra (1). Y en esas razones se funda precisamente la suspension de los intereses de los créditos personales, en favor de la masa, debiendo notarse que el artículo 1543 de nuestro Código es tomado á la letra del 445 del Código francés, segun la doctrina del cual los créditos con privilegio general, ya sobre los muebles ó sobre los inmuebles, no devengan intereses contra la masa, desde la fecha de la declaracion de quiebra.

Bajo la legislacion anterior á nuestro Código, la jurisprudencia y la doctrina habian suplido el silencio de la ley, y aplicado, como en Francia antes de la reforma de la legislacion de quiebras en 1838, el principio de la suspension de los intereses, en favor de la masa, con mas rigor aun que lo hace el artículo 1543,

(1) BEDARRIDE, *Traité des faillites*, tomo I, núm. 98; BRAVARD VEYRIÈRES, *Traité de droit commercial*, tomo V, pág. 182.

En la nota agrega: « El objeto y fin principal, que la ley se propone conseguir, es que la condicion de todos los acreedores sea la misma desde el juicio declarativo. De ahí el principio de la exigibilidad; de ahí tambien el principio que los intereses no corren para nadie. Este último principio no estaba formalmente consagrado por el Código de 1808; pero sin embargo, la jurisprudencia lo habia frecuentemente aplicado. El proyecto, presentado en 1834 por el gobierno, guardaba silencio á ese respecto y la primera comision de la Cámara de diputados fué la que propuso formular en el texto de la ley el principio que se registra en la primera parte del nuevo artículo 445. »

pues la excepcion contenida en el segundo inciso de este artículo no favorecia á los créditos allí mencionados. En España, cuyo moderno Código comercial no consigna tampoco disposicion alguna sobre este punto, nos dice Huebra (1) despues de explicar el sistema aceptado por el legislador al establecer el principio de la exigibilidad de los créditos, que difiere del nuestro y del adoptado por el Código francés, estas terminantes palabras: « Antes de concluir con esta materia, tenemos todavía que advertir que ningun crédito devenga réditos despues de la quiebra, aunque los tenga estipulados, pues una vez hecha la declaracion, todos quedan ya cerrados con respecto á la masa, y no se podrá hacer mas que añadir los vencidos al principal, para fijar la cantidad á que deba ascender y por la que deba ser reconocido y clasificado ». Tal era tambien nuestra doctrina antes de la promulgacion del Código, que ha dulcificado el rigor del principio de igualdad, en favor de los que por una prevision que la ley no debiera, para ser justa, dejar burlada, han estipulado una garantía especial, estableciendo relaciones jurídicas entre una cosa de su deudor y su persona, sin confiar absolutamente en el crédito y la solvencia del obligado. ¿Puede reclamar para sí el privilegiado general alguna de esas razones, colocándose en el caso preciso de la excepcion al principio de igualdad consagrado por el artículo 1543? De *ninguna manera.* La ley no puede colocarse para favorecer ciertos créditos, sea cualquiera la razon que motive ese favor, en el caso del propietario, que para desprenderse de lo que es suyo, estipula y contrata los límites y condiciones de

(1) *Tratado de quiebras*, pág. 30, final de la nota á la pág. 29.

los respectivos derechos, haciendo entre ambas partes la ley que ha de aplicarse, si alguna vez el contrato ha de ser traido á tela de juicio y sometido al fallo del magistrado. *La causa en que se funde* un privilegio general, puede bien determinar la razon de la preferencia que se le acuerde en consecuencia; pero jamás el abono de intereses que gravitarian, no sobre el fallido, siempre su deudor, sino sobre la masa, sobre el capital de los demás créditos, que si no tienen como invocar una causa de privilegio, tienen derecho, por lo menos, á no ver disminuido el dividendo que les corresponderia, sufriendo solos las consecuencias de un suceso, que en realidad á todos, sin excepcion, afecta; mientras que al acreedor hipotecario, prendario, ó singularmente privilegiado, no podria negársele el ejercicio de un derecho real sobre una cosa señalada, que, fuera de las garantías personales del deudor, responde por la convencion ó la ley, al íntegro pago de la obligacion.

No es, pues, desconociendo el privilegio fiscal que la ley ha conferido á las acciones del Banco, que se le niega el derecho de cobrar intereses fuera del valor de la finca especialmente gravada, sino aplicando el principio establecido por el artículo 1543 del Código, principio fundado en la teoría general que domina en toda legislacion de quiebras, y que al constituir la masa, reuniendo los derechos de todos los acreedores, al acordarle la administracion y la exigibilidad de todo crédito en su propio y exclusivo interés, ha tenido presente que el peligro y la incertidumbre colocaba á todos los comprometidos en idéntica situacion, no debiendo cargar la comun garantía, la masa, con el pago de réditos, con perjuicio general y en provecho solo de

algunos, desprendiéndose esta consecuencia necesaria : que siempre que la masa es la deudora, el curso de los intereses queda á su respecto y en su beneficio, suspendido ; siempre que un bien determinado sirve de garantía especial, quedando así el crédito fuera de la masa, el cobro de los réditos puede efectuarse hasta donde alcance el valor realizado de ese bien, porque ese crédito tiene derecho á ser íntegramente pagado, no por la masa, sino por la garantía que lo asegura.

El Banco de la Provincia puede bien y con derecho hacer valer el privilegio fiscal de que disfrutan sus acciones en la quiebra de sus deudores, pero en los justos límites que la ley y la doctrina jurídica le señalan. Las sentencias que hemos registrado no lo desconocen ni lo niegan, pero el ejercicio de ese privilegio no puede llegar hasta cobrar los intereses de sus créditos, colocándose en la masa de acreedores, como si ellos representaran el capital por el cual debiera figurar en la quiebra. Su extension y sus límites, son el pago preferente del capital, con exclusion de los intereses que quedan suspendidos desde la fecha de la declaracion de quiebra, extension y límites á que están reducidos todos los privilegiados que mencionan los artículos 1697 y 1699 del Código.

Dos observaciones antes de concluir. La primera es que la vigencia del privilegio fiscal que al Banco favorece, y su aplicacion en los juicios de concurso, no puede ponerse en duda, porque leyes especiales lo han acordado expresamente á ese establecimiento para garantir al dinero público que administra y gira, y ponerlo en situacion de prestar á la industria, al comercio, al desenvolvimiento del crédito, los inmensos servicios que se le reconocen, y con los cuales ha

contribuido tan poderosamente al desarrollo y progreso de la Provincia. El Código de comercio, hoy nacional, fué primero ley de Estado de Buenos Aires; y cuando su vigencia se ha extendido á toda la República, no han cambiado de carácter sus disposiciones, ni la naturaleza de los principios que consagra. En la parte que dedica al juicio de quiebra, juicio universal, que atrae á la jurisdiccion mercantil todos los derechos que en la vida civil puedan producirse, no ha procurado legislar sobre cada uno de esos derechos que pueden provenir de actos sujetos á otra legislacion, con arreglo á la cual deben ser apreciados. El órden de prelacion para la distribucion de los fondos de la quiebra, de que se ocupa el título 10 del Código de comercio, consignando, en general, las causas de preferencia, no importa, pues, derogacion de disposiciones, ni reglamentacion de actos ó contratos puramente civiles, administrativos, criminales, etc., de que provengan créditos que en la quiebra se presenten en el carácter y condiciones con que las leyes de la materia los hayan reconocido; y en ese carácter y condiciones serán considerados, aplicándoles las reglas especiales á que están sujetos; porque es imposible que en el juicio de quiebra, se fije el derecho de las personas y el de las cosas, en todas las manifestaciones de que son susceptibles en la vida social y en la organizacion de los poderes, á fin de determinar cuál será el efecto de las obligaciones, cuando la jurisdiccion comercial haya de apreciarlo para adjudicarle el rol que le corresponde en el juicio de concurso. Fuera para eso preciso que el Código de comercio revistiera el carácter de Código *general*, y no el de especial y privativo de la materia de que se ocupa. Sus autores han cuidado de consignarlo

así expresamente (1) de suerte que á menos de encontrar en el Código de comercio una disposicion completamente opuesta á la ley que rige el acto ó el contrato de que provenga la obligacion cuyo cumplimiento se exija en el juicio de quiebra, habrá necesidad de apreciarla con arreglo á la ley de su constitucion, y no con sujecion á la ley comercial, que no trata de ella, ó de la cual solo se ocupa incidentalmente.

La segunda observacion es, que el Banco, de ninguna manera queda en peor condicion, haciendo uso de la facultad que la ley le acuerda para estipular una hipoteca convencional, que si se presentara en la quiebra, invocando únicamente el privilegio fiscal, que le da una hipoteca tácita en todos los bienes de su deudor : 1° porque la hipoteca expresa debe ser preferida á la tácita general del fisco, cuando aquella es anterior en fecha (2); 2° porque sobre el valor de la finca gravada puede cobrar los intereses del crédito hasta el dia del pago, cuando el producto de la finca alcance para su abono, al paso que con la hipoteca tácita veria suspendidos esos intereses desde la fecha del juicio declarativo; 3° en fin, porque la seguridad de un íntegro pago es mayor, desde que puede invocar el privilegio,

(1) Art. 1750. « Desde esa época (seis meses despues de la promulgacion) en adelante, *quedan absolutamente derogadas todas las leyes y disposiciones relativas á materias de comercio.*

Las leyes que no son de comercio, ó sobre materias de que este Código solo se ocupa incidentemente, no se consideran derogadas, sino en cuanto *se opongan* á las prescripciones de este Código. »

(2) Ley 33, tít. 13, partida 5ª : « ..... primeramente deven ser entregados la Cámara del rey en los bienes de su debdor que otro ninguno, á quien deviesen algo.... fueras ende en un caso : si el debdo primero es sobre peño que oviesse empeñado á alguno señaladamente, ó se oviesse obligado por palabras todos sus bienes. Ca entonce tal debdo como este, que fuesse primero, ante deve ser pagado, que el otro de la Cámara del rey nin del dote de la muger. »

por la parte de capital que no ha alcanzado á integrar la finca hipotecada, disminuyendo así las probabilidades de recibir solo un dividendo.

La jurisprudencia establecida hará refluir sobre nuestros tribunales el honor merecido de hacer menos reprochables los privilegios del Banco, sin menoscabar en nada los intereses y el crédito de ese establecimiento público, al que están vinculadas la gratitud y la confianza de la mayor parte de los habitantes de Buenos Aires, habiendo consignado la verdadera doctrina y aplicado sabia y justamente los preceptos legales.

IV

PRIVILEGIOS DEL BANCO DE LA PROVINCIA

SEGUNDO ARTÍCULO

Con motivo de la causa de que dimos cuenta en el artículo anterior, el Dr. D. Angel Navarro publicó un artículo (1), combatiendo la desicion de los tribunales en la cuestion suscitada, en oposicion á las ideas emitidas en el exámen crítico, y al deseo que manifestamos de ver fijada en el sentido de esa decision, la jurisprudencia sobre ese punto. El Dr. Navarro hace preceder su artículo de palabras benévolas para la *Revista*, y manifiesta que su objeto es promover la mayor ilustracion en tan importante materia, provocando la refutacion de sus observaciones y argumentos, ó el apoyo que pudieran estos merecer de parte de algun otro jurista.

(1) Pág. 283, tomo I, *Revista de legislacion y jurisprudencia.*

Agradecemos al Dr. Navarro su concurso á la *Revista*, y contribuyendo al fin que se propone, en lo que nos es posible, procuraremos contestar las observaciones y argumentos con que ataca la solucion adoptada; en cuya buena doctrina, rectitud y justicia, nos hemos confirmado, despues de leer con detencion el artículo á que hacemos referencia.

Los hechos que dan orígen á la cuestion, se encuentran bien relacionados, y de ellos claramente se deduce que el producto de la finca hipotecada alcanzó á cubrir el capital y una parte de los intereses devengados, de suerte que la pretension del Banco se referia al resto de los intereses liquidados hasta el dia del pago del capital, pero la cuestion de derecho está bien lejos de ofrecer la misma claridad y precision en sus términos que la exposion de los hechos que la producen.

En efecto, el artículo que contestamos, ora considera como una teoría progresista y liberal, pero contraria á las leyes vigentes, la que de acuerdo con las sentencias hemos sostenido, en desconocimiento además, de los principios jurídicos y en odio á los privilegios del Banco, que deben hacerse efectivos mientras la ley los mantenga, ora como una explicacion errónea del artículo 1543 y equivocada aplicacion de los principios generales; de suerte que unas veces defiende los privilegios del Banco, que supone atacados; otras veces demuestra las diferencias que caracterizan al privilegio, la prenda y la hipoteca, que cree confundidos; y otras, en fin, procura aplicar á los privilegios fiscales, la misma disposicion que rige á los especiales, para deducir una consecuencia idéntica.

Para hacer patente esa confusion de materias, doctrinas y reglas tan diversas, cuyo resultado ha sido no

apreciar ni tratar la cuestion debatida en la causa que motiva la contestacion que refutamos, haremos notar:

1° Que no hemos desconocido, ni atacado los privilegios del Banco de la Provincia, expresamente declarados por leyes vigentes; lo que hemos combatido es la extension ilegítima que se les quiere dar en virtud de una doctrina, errónea á nuestro juicio.

2° Que tampoco hemos pretendido que por el hecho de aceptar el Banco una hipoteca convencional como garantía, pierda el privilegio fiscal de que goza por la ley, porque no era ese el punto en discusion, ni relacion alguna tenia con él.

Sin embargo, bajo la suposicion de que los privilegios del Banco se ven amenazados por la jurisprudencia de los tribunales, y desconocidos los derechos fiscales que las leyes acuerdan á este establecimiento, se formula la cuestion de derecho que se ventila en términos tales, que nos vemos obligados á declarar, ó que no hemos apreciado el punto jurídico sobre que versa, ó que no lo ha comprendido bien el autor del artículo. Porque, en verdad, si en el caso propuesto y con arreglo á los hechos sentados, el Banco, realizando la garantía especial de la hipoteca convencional, recibió un valor que alcanzaba á cubrir el capital íntegro y una parte de los intereses devengados, sin que nada quedara del importe de la finca gravada, su reclamacion contra la masa, por el resto de los intereses, solo podia fundarse en la facultad de cobrar en todo caso, en los concursos, no solo el capital, sino los intereses de sus créditos hasta el dia del pago efectivo: y como la negativa á esa reclamacion se apoyaba en la regla que suspende, con relacion á la masa, el curso de intereses de todo crédito que no esté garantido por privilegio,

hipoteca ó prenda, pudiéndose en tal caso cobrarlos únicamente del importe de los bienes afectados, la cuestion queda evidentemente reducida á saber: si el privilegio fiscal, de que el Banco disfruta, está, ó no, comprendido en la excepcion del artículo 1543 del Código de comercio.

Nada mas inexacto, por consiguiente, que afirmar, que « el punto jurídico de la cuestion consiste en sa-» ber si el Banco, por el hecho de exigir ó de aceptar » una hipoteca especial en garantía de su crédito, pierde » el privilegio fiscal que le acuerdan las leyes, quedán-» dole solamente la accion hipotecaria para perseguir » esa hipoteca y cubrirse con su producto, si alcanza, » y si no, quedar por lo que faltare en clase de acreedor » mero personal, como quedan en igual caso los demás » acreedores simplemente hipotecarios, y tiene que con-» currir á prorata, como aquellos, contra la masa; ó si, » por el contrario, conserva el privilegio para perse-» guir los demás bienes de sus deudores, que no le » han sido expresa y especialmente hipotecados, hasta » cubrirse de todo su crédito, en capital é intereses, » con preferencia á los acreedores personales ó quiro-» grafarios » (1).

Hay en esa difusa apreciacion del punto en discusion varios errores que lo desfiguran á tal extremo, que constituyen por sí una serie de cuestiones á resolver, enteramente distintas de aquella que se debate.

1° No se trata de saber si el Banco pierde el privilegio fiscal por el hecho de aceptar una hipoteca en garantía de su crédito, porque la ley le acordó la facultad de dar sobre hipoteca, sin perjuicio de sus privilegios.

2° No quedaria jamás reducido á la accion hipote-

(1) Pág. 290, § 4°.

caria si no alcanzara esa garantía á integrarlo de su capital, pues haria valer con derecho el privilegio, y obtendria, con la preferencia que este le acuerda, la reintegracion de su crédito.

3° Por consiguiente, jamás se hallaria colocado en la condicion de un crédito comun, ni concurriria á prorata con los de ese género, porque invocaria la preferencia de su privilegio.

4° La conservacion del privilegio no le da derecho *para perseguir* los demás bienes de la masa, sino á buscar el pago de su capital, con la preferencia que le corresponde, la cual, en ningun caso, le autoriza á cobrar intereses durante la quiebra.

Si en el concurso de K.... solo hubiera obtenido el Banco una parte de su capital, ejecutando la hipoteca que garantia su crédito, y se le hubiera denegado el derecho de hacer valer su privilegio para obtener de la masa su capital íntegro, con preferencia á los créditos quirografarios, la apreciacion del punto jurídico habria sido exacta, y tan oportunas, como fundadas las observaciones que se aducen en su exámen. Pero cuando el Banco ha sido pagado de todo el capital de su crédito; cuando se trata de la inteligencia del artículo 1543 del Código, que establece como regla general la suspension de intereses desde la declaracion de quiebra para todo crédito, y como excepcion los garantidos por hipoteca, prenda ó privilegio, que podrán cobrarlos únicamente del valor que produzcan los bienes afectados, el punto jurídico de la cuestion no es por cierto el indicado, ni le convienen los términos en que se halla formulado, ni la cuestion resuelta por los tribunales es la que se manifiesta y examina en el artículo á que contestamos.

La cuestion resuelta en la causa es si los privilegios generales están comprendidos, ó no, en la excepcion del artículo 1543 del Código.

Para combatir la negativa, por la cual se han pronunciado los tribunales y que hemos aceptado en nuestro exámen crítico, como solucion conforme á la buena doctrina, á la ley y á los principios que dominan en materia de quiebra, es necesario demostrar que la ley se refiere tanto á los privilegiados especiales, como á los generales; que todos estos tienen derecho á cobrar los intereses de los créditos, los unos sobre los bienes especialmente afectados, los otros sobre los bienes todos de la masa; que tal interpretacion no choca con la igualdad respectiva entre los acreedores que, como fundamento del juicio de quiebra, y como principio dominante en el procedimiento de concurso, ha adoptado el legislador; que el cobro de intereses sobre los bienes de la masa, no está en pugna con la justicia ni choca con la equidad; y que si en algo perjudica á los demás acreedores personales, ese perjuicio nace de la diferente calidad del crédito y de la posicion favorecida en que la ley los ha colocado; que importando el privilegio un derecho á ser pagado íntegramente el crédito que lo goza, la integridad del pago no se consigue, sino cuando el acreedor se ve reembolsado en capital é intereses devengados, hasta el dia en que lo recibe, y por último, que tal inteligencia del artículo 1543 no está en oposicion con los antecedentes jurídicos, legislativos y de doctrina de que se han servido nuestros codificadores, y que les han inspirado en este caso la disposicion que este artículo consigna.

Esa demostracion habria destruido la solucion adoptada por las sentencias, porque ella habria refutado

los fundamentos de que se deduce y las consideraciones que nos decidieron á apoyarla: solo entonces hubiera podido decirse con razon que las sentencias quedaban impugnadas, y, por consiguiente, las doctrinas y razones con que se habia procurado defenderlas; pero nada de eso ha sucedido: la errada apreciacion de la cuestion debatida lo ha llevado al autor del artículo á conclusiones contrarias, sin haber tocado ninguno de los puntos que sirven de base á las que impugna.

No, lo repetimos: el Banco no pierde su privilegio fiscal por el hecho de aceptar una hipoteca ó prenda como garantía de su crédito, ni es ese el punto en discusion. Sostenemos, de acuerdo con las sentencias, y apoyados en las consideraciones aducidas en nuestro primer artículo, que no es del caso repetir, que el privilegio general no está incluido en la excepcion del artículo 1543 del Código, el cual se refiere únicamente al privilegio especial: que, por el contrario, el privilegio general se halla perfectamente comprendido en la regla general, que el mismo artículo consigna, cuyo espíritu y razon le son exactamente aplicables, y que, por lo tanto, no puede exigirse de la masa el abono de intereses, porque relativamente á ella y en su favor, esos intereses no corren desde la fecha de la declaracion de quiebra.

El crédito con privilegio general, es un crédito personal, que tiene por garantía la masa, y únicamente por ella puede ser pagado; le afectan todas las consecuencias de la quiebra y puede ver disminuido su valor, en tanto cuanto la masa no pueda satisfacerlo; se encuentra, por consiguiente, en la condicion de un crédito quirografario, con la ventaja de gozar de una preferencia en la graduacion de que este no disfruta. Al

crédito con privilegio general le comprenden, pues, la razon y disposicion del artículo 1543 del Código, y en él debe hacerse efectiva la supresion de intereses en favor de la masa. Por el contrario, el crédito con hipoteca, privilegio especial ó prenda, tiene por principal garantía el valor de un bien determinado, sobre el cual puede hacer efectivo su pago, con prescindencia del resultado líquido de la masa, á la cual no ocurre sino en la condicion del de un acreedor comun, por lo que *de su capital* no haya podido pagarse en la ejecucion de su garantía; se encuentra así separado de la quiebra y tiene derecho para cobrar intereses de su deudor, el bien afectado, que le responde de la integridad de su crédito, siempre que su valor alcance á cubrirlo. Es, por tanto, el único á que comprende la razon y la letra de la excepcion contenida en el segundo inciso del mismo artículo del Código. Ninguno de los créditos que menciona el artículo 1697 del Código de los cuales el privilegio fiscal, ocupa el último rango, se encuentra en este caso.

Mientras estas consideraciones no sean refutadas, mientras los fundamentos en que estriba la resolucion adoptada por los tribunales, no sean combatidos, en el órden de ideas sobre que reposan, ellos quedarán subsistentes, como la expresion del derecho, en su justa y racional aplicacion.

V

PRIVILEGIOS DEL BANCO DE LA PROVINCIA

TERCER ARTÍCULO (1)

Sentimos profundamente que defectos de lenguaje, jamás intencionales de nuestra parte, hayan podido mortificar en alguna manera el espíritu del Dr. Navarro, que se manifiesta un tanto irónico y contrariado en el artículo á que contestamos; y lo sentimos, tanto mas, cuanto que le profesamos el respeto y consideracion que se merece y le estamos además agradecidos por los trabajos que ha dedicado á la *Revista*. Esta no debe ser jamás un campo abierto á la polémica personal, que en nada interesa á la legislacion y al derecho; y por eso, consecuentes con nuestro programa, nos limitaremos á contestar, por última vez, las apre-

(1) Contesta algunas apreciaciones del Dr. Navarro, que en otro artículo publicado en la *Revista* (tomo III, pág. 189) se dirigia personalmente al Dr. Moreno.

ciaciones jurídicas del artículo del Dr. Navarro, dejando á un lado todo lo que en él se refiere al mérito de nuestra defensa y á los conocimientos de que podamos disponer en la ciencia del derecho.

Estamos justificados plenamente en cuanto á la forma que hemos dado al punto en discusion. ¿ Está, ó no, comprendido el privilegio fiscal de que el Banco disfruta, en la excepcion del artículo 1543 del Código? La afirmativa decidiria que en todos los casos de créditos fiscales que pueden producirse en la quiebra, el acreedor tiene derecho á exigir el pago íntegro del capital é intereses, con la preferencia que sobre los demás le da su privilegio. La negativa decidiria, por el contrario, que no refiriéndose esa excepcion sino á los créditos especialmente privilegiados, el crédito fiscal, privilegiado general, queda sometido á la regla general del mismo artículo. La quiebra suspende solo con relacion á la masa el curso de los intereses de todo crédito. No se trata de saber si el Banco pierde, ó no, el privilegio fiscal; sino al contrario, de saber si en virtud de ese privilegio que todos le reconocen y aceptan, puede cobrar los intereses de sus créditos, punto que las sentencias ejecutoriadas han resuelto negatimente y que creemos expresado con toda exactitud en la fórmula propuesta.

« ¿De qué sirve al Banco, se nos pregunta (1), su » privilegio, si no puede en virtud de él cobrar *todo su* » *crédito* mas que con la hipoteca? Excusado privi» legio cuando la hipoteca alcanza. Pero cuando no » alcanza, ¿ de qué le sirve el privilegio? ¿ Qué ventaja » le da este, si con él solo puede cobrar *el capital*,

(1) Pág. 198, tomo III.

» perdiendo *los intereses*, que son parte compo-
» nente del crédito, y que en muchos casos pueden
» montar á tanto como el capital? » — La respuesta es bien sencilla. — El privilegio conserva al Banco la seguridad de ser pagado íntegramente del capital de su crédito con la preferencia que le corresponde, lo que no podria obtener con la hipoteca. En efecto: el acreedor hipotecario que no puede ser cubierto del capital de su crédito con el valor del bien raíz afectado, ve reducido su derecho á la categoría del de un acreedor comun y solo puede recibir de la masa el dividendo que se distribuya á los acreedores personales, entre los cuales figura (1); mientras que el Banco, haciendo valer su privilegio fiscal, iria á reclamar de la masa el importe íntegro de su capital, en los mismos casos en que un acreedor hipotecario simplemente, se veria colocado como acreedor personal y obligado á aceptar un dividendo. La hipoteca permite al Banco, como á cualquiera otro acreedor, cobrar el capital é intereses hasta donde alcance el valor del bien afectado, y el privilegio le asegura la reintegracion del capital, cuando el valor del bien hipotecado no alcance á cubrirlo, lo que no puede esperar otro cualquiera acreedor. Hé ahí la ventaja del privilegio, que no llega, sin embargo, hasta permitir el cobro de intereses, como no le es permitido á ningun privilegiado general, segun la teoría que defendemos.

Esto, en cuanto á la conveniencia y exactitud de la forma con que hemos propuesto la cuestion ventilada.

En lo que respecta al fondo, el Dr. Navarro nos recuerda la regla: *semper specialia generalibus insunt*

(1) Art. 1710 y 1711 del Código.

y una nota de Dupin que glosa esa regla: *ut in toto pastes, ita et in genere species continentur, et in generalibus insunt specialia*, trascribiendo las reglas 113 y 147, Digesto, *de reg. juris*. « Créditos garan- » tidos por *privilegio*, dice el artículo de un modo » general y absoluto, sin hacer distincion entre privi- » legio general y especial. ¿ Por qué quiere entonces » que ese artículo al decir simplemente privilegio solo » comprenda los especiales y no los generales? Esta » pretension es, pues, contra derecho, es contra los » principios mas vulgares de jurisprudencia. »

Juzgamos por el contrario que la aplicacion de esas reglas es completamente inoportuna á la cuestion que se debate, como contraria á los principios mas vulgares de la jurisprudencia; porque no se trata en verdad de señalar los caractéres esenciales ó la importancia de un principio jurídico, sino de determinar los efectos distintos que produce una regla de derecho que establece una excepcion aplicable á casos diversos. La aplicacion de esas reglas á la cuestion presente haria incurrir al artículo 1543 en el reproche que Bentham dirige á la ley de cierto país donde se hacia frecuente el asesinato y que estaba concebida así: *cualquiera que derrame sangre en las calles será condenado á muerte*. Un cirujano para curar á un hombre acometido en la calle de un accidente, le dispuso una sangría, y este suceso hizo conocer la necesidad de la interpretacion y el defecto de la ley.

Si á pesar de conocer el espíritu de la ley, los motivos que la determinaron, la fuente de donde han sido tomados sus preceptos y las explicaciones que de ella hacen los jurisconsultos que exponen su doctrina, persistiéramos en dar á su disposicion la inteligencia que

le da el sentido gramatical de sus palabras, con toda razon pudo habérsenos observado con la ley romana que : *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac protestatem* (1).

El artículo 1543 del Código es tomado de la legislacion francesa : los jurisconsultos de esa nacion han explicado extensamente su disposicion, determinando el espíritu y alcance de la excepcion que contiene ; y comparando su doctrina con la que ha guiado á nuestros legisladores, no hemos podido menos de reconocer que los privilegios generales no están incluidos en la excepcion que el artículo expresa, porque no les comprende su razon ni su espíritu, opinion corroborada por las últimas palabras del mismo artículo, que previene, solo puedan cobrarse los intereses, del producto de los bienes afectados al privilegio, la prenda ó la hipoteca. Esta limitacion seria imposible ó ridícula respecto de los privilegios generales que debiendo pagarse de la masa no tienen bienes afectados, de cuyo producto pueden únicamente cobrarse los intereses devengados.

El privilegio general, hemos dicho, no altera la naturaleza del crédito : los créditos así privilegiados son créditos personales que tienen por garantía la masa, con cuyo producto general se pagan, lo mismo que los créditos comunes ó meramente personales ; no están, pues, colocados en la misma condicion que los especialmente privilegiados, hipotecarios ó prendarios, que tienen una garantía especial en determinado bien, sobre cuyo producto gravita la obligacion del pago hasta donde alcanza su valor. Las razones que fundan la

(1) Ley 17, tít. 3°, libro I, Digesto.

suspension del curso de intereses en favor de la masa no les alcanzan ni les convienen.

« El crédito con privilegio general es un crédito per-
» sonal que tiene por garantía la masa. Véanse, dice
» el Dr. Navarro, en estas pocas palabras una heregía
» jurídica y una contradiccion palpable, que solo una
» jurisprudencia bastarda puede producir. Con que
» ¿ el crédito con privilegio general es *un crédito per-*
» *sonal?* ¡ Vaya una ocurrencia! Pues no dicen eso
» las leyes ni los libros. »

Un movimiento instantáneo de justo asombro, nos produjo la lectura de ese párrafo; pero la tranquilidad de conciencia y la firmeza en las convicciones, volvió en seguida al espíritu con las siguientes reflexiones. Un crédito, que es el derecho de exigir de una persona la entrega de una cosa ó la prestacion de un hecho, puede ser real ó personal, como el derecho que representa; así los créditos de dominio, de hipoteca ó prenda que en una quiebra se producen, se llaman créditos reales, porque tienen por objeto hacer efectivo el derecho real que importan. Se llaman personales, por el contrario, los que no pudiendo dirigirse directamente sobre una cosa vienen á hacer efectivas las obligaciones del deudor sobre la masa de bienes que exista, amparados por este principio: *los bienes de un deudor son la garantía de sus acreedores. Bona intelliguntur cujusque quæ deducto are alieno supersunt* (1).

El privilegio, que es *el derecho dado por la ley á un acreedor para ser pagado con preferencia á otro*, ¿ en qué puede alterar la naturaleza de los derechos de ese acreedor? ¿ Qué relacion tiene esa preferencia en el pago, que la ley le acuerda solo por consideracion á

(1) Ley 39, Digesto, *de verb. sig.*

la causa de que la deuda proviene, con la constitucion jurídica de los derechos del acreedor? ¿Dejan por ventura de ser personales los créditos por salarios de dependientes y factores, por alimentos suministrados al deudor, por gastos en la última enfermedad, por ser créditos privilegiados? Indudablemente que esos créditos como todos los enumerados en el artículo 1697, y muchos otros, que provienen de obligaciones del deudor, son créditos personales, porque no se basan en la constitucion de ningun derecho real, y solo tienen la ventaja, por un favor de la ley, independientemente de la convencion, de ser pagados con preferencia á los demás créditos, aunque sean reales.

El Dr. Navarro, dando á la palabra *garantía* el mismo significado que á la de hipoteca ó prenda, nos reprocha la contradiccion en que incurrimos, cuando aseguramos, que ese crédito personal, el privilegiado general, tiene por garantía la masa, atribuyéndonos como un descubrimiento en la ciencia del derecho de que no ha oido hablar hasta ahora, que sean personales créditos que tienen por garantía la masa de bienes del deudor. Nos parece inútil demostrar que cuando usamos de la palabra *garantía* lo hacemos en el sentido de responsabilidad y que esa responsabilidad de todos los bienes del deudor pueden invocar todos sus acreedores sin excepcion, en virtud del principio que afecta los bienes del deudor al pago de sus deudas, principio que era ya conocido antes de la era cristiana, que el jurisconsulto Paulo formuló en el fragmento de la ley romana, antes citado, y que todas las legislaciones y jurisconsultos expresan así: *los bienes de un deudor son la garantía de sus acreedores*. No acertamos á comprender cómo puedan imaginarse derechos para cuya

ejecucion no exista garantía alguna, ni cómo pueda pretenderse que esa garantía convierta precisamente en *reales* á los derechos que la tengan. Es en virtud de esa garantía que los acreedores todos se apoderan de los bienes del deudor, y con arreglo á la ley, que la hace ejecutar, se reparten su producto, primero los privilegiados, despues los personales, en el órden y forma establecida; de suerte que unos y otros, hacen efectivos sus derechos sobre la masa, que es la comun garantía de sus créditos, á diferencia de los privilegios especiales y créditos reales, cuyo primer derecho es buscar en el bien afectado la satisfaccion de su crédito, quedando reducidos á la condicion de los personales, por lo que faltase al íntegro pago del capital.

No creemos haber errado en la teoría de derecho que hemos defendido, establecida por las sentencias y sostenida por muy notables jurisconsultos; y mucho menos, haber incurrido en heregías y contradicciones, respecto de nociones elementales sobre el derecho de los bienes y la naturaleza de los privilegios, cerrando, tambien por nuestra parte, esta discusion.

VI

MATRÍCULA DE COMERCIANTES

La inscripcion en la matrícula no es requisito característico del comerciante.

La cuestion á que da lugar la definicion que hace del comerciante el artículo primero del Código, ha sido traida á tela de juicio mas de una vez en la práctica, con relacion al estado de quiebra; pero hasta ahora no habia alcanzado su resolucion la autoridad de una sancion del Tribunal Superior, ni puede decirse aun que se haya fijado la jurisprudencia de una manera definitiva, sobre este punto de tan frecuente aplicacion.

La *Revista* ha publicado un interesante artículo sobre esta materia (1) pero en ese caso la cuestion fué resuelta de una manera indirecta, discutiéndose la competencia de jurisdiccion, y solo fué suscripta la sen-

(1) Tomo IV.

tencia de segunda instancia por el camarista juez de la feria. Sin embargo, la opinion en los juzgados de primera instancia parece conforme en la solucion que sirve de epígrafe á este artículo, no así en las Salas del Tribunal Superior, como lo veremos en la causa de que en seguida damos cuenta (1).

Santiago Ginocchio y hermano, que seguia un juicio ejecutivo contra D. Francisco Castro, viendo paralizada su accion por la declaracion judicial de la quiebra de su deudor, expedida á solicitud de este y de varios otros deudores, se presenta al juez de comercio, reclamando contra la decretada suspension del juicio, como fundada en una declaracion de quiebra que no podia tener lugar respecto de Castro, porque no era comerciante. La ley mercantil dice que solo el comerciante puede hallarse en estado de quiebra; y el artículo 1° del Código declara que es comerciante el que tiene capacidad legal para contratar, *se ha inscripto en la matrícula de comerciantes*, y ejerce de cuenta propia actos de comercio haciendo de ello su profesion habitual. Segun estas disposiciones legales, siendo un requisito característico del comerciante la inscripcion en la matrícula, no puede considerarse como tal aquel que aun ejerciendo actos de comercio no se encuentra inscripto en la matrícula; no está sujeto á la jurisdiccion especial que rige á la persona del comerciante, y, por consiguiente, podrá hallarse insolvente, pero no en estado de quiebra. La declaracion de quiebra que solo produce efectos legales respecto de los comerciantes, no puede tener consecuencia alguna respecto del que no lo es; y la suspension de la ejecucion pendiente no

(1) Juez doctor Barra, escribano Garrido, concurso de D. Francisco Castro.

es una medida autorizada por la ley en el presente caso. Concluye pidiendo que el secretario del juzgado certifique sobre la inscripcion en el registro de D. Francisco Castro y que resultando comprobada la falta de inscripcion se revoque el auto declaratorio de la quiebra.

De este escrito se confirió traslado al síndico y al fallido y evacuándolo el primero se opone á la revocacion, pidiendo no se haga lugar á ella con expresa condenacion en costas. El articulo 1° del Código, dice, que se invoca en apoyo de la pretension contraria, establece en efecto, como uno de los deberes del comerciante, el de la inscripcion en la matrícula; pero no es este requisito el que constituye la esencia del carácter del comerciante, sino su capacidad legal para contratar y el ejercicio de actos de comercio como su profesion habitual. Tan cierto es que el requisito de la inscripcion no es indispensable para que los actos del comerciante caigan bajo el imperio de la jurisdiccion y leyes de comercio, que el articulo 6º del mismo Código hace obligatorias esas leyes y esa jurisdiccion aun para las personas que accidentalmente verifican algun acto de comercio; y con mayor razon tienen que considerarse como las únicas competentes, cuando no se desconoce en el concursado la profesion habitual del comercio; hecho general y de mas trascendencia que el caso accidental que menciona la ley. Sostener lo contrario importaria hacer de la falta de cumplimiento de un deber, de la violacion de la ley, una arma favorable á los fallidos, desde que es sabido que los concursos civiles no se subordinan á la rigidez de las disposiciones que reglan el estado de quiebra en materia comercial.

Además, las personas que han contratado con el

fallido lo han hecho en la confianza de que serian sometidas sus diferencias á la jurisdiccion de su fuero; y el engaño de la persona con quien tratan, su falta de cumplimiento de los deberes que la ley comercial le impone, no puede producirle un beneficio, sin violar la regla general que la ley favorece á los engañados y nunca al engañador. El espíritu de las disposiciones comerciales es negar al que elude sus prescripciones los beneficios acordados á los que las cumplen y jamás ha sido el de sustraerlo al cumplimiento de sus obligaciones.

El comerciante no inscripto, el comerciante que no tiene sus libros rubricados, no puede gozar de los derechos que el cumplimiento de estas formalidades trae consigo; pero no por eso deja de ser comerciante y obligado como tal á cumplir sus compromisos segun las leyes que rigen estos actos.

El fallido manifiesta por su parte que aun cuando parezca extraño que abandone una pretension cuyo resultado, una vez obtenido, seria favorecerlo, porque el concurso civil es mucho mas benigno y ventajoso para el deudor que el juicio de quiebra, organizado principalmente para proteger los derechos de los deudores y establecido en su beneficio, se halla en el caso de reconocer que en justicia debe desecharse la peticion en traslado. Que es ya un punto resuelto por los tribunales que la inscripcion en la matrícula no es un requisito esencial para tener el carácter de comerciante; y esta jurisprudencia de los tribunales está perfectamente de acuerdo con la doctrina legal. En efecto : el Código ha establecido la inscripcion como una obligacion de todo comerciante, pero no como el medio de fijar su carácter. Y tan es así que el mismo Código establece una pena para los que no cumplen con esta obligacion; es

decir, castiga á los comerciantes que no se han inscripto, negándoles la proteccion de la ley mercantil en sus operaciones, actos y obligaciones de comercio, pero no les quita el carácter de comerciantes, pues quedan sujetos á la jurisdiccion y á las reglas y formalidades que aquellas leyes establecen.

El juez dictó entonces la siguiente resolucion :

Y vistos : — Por las consideraciones alegadas por el síndico y el fallido, no ha lugar con costas á lo solicitado por Tiola (apoderado del acreedor), á foja 6, y repónganse los sellos.

JUAN BARRA.

Esta sentencia fué apelada por el acreedor que con ese motivo contestó algunas observaciones del síndico y el fallido, reiterando su anterior argumentacion; y concedido en relacion el recurso, y vista la causa en la Sala de lo civil, esta la resolvió en los términos siguientes :

Señores : — *Somellera, Pica, Salas, Alsina, Medina.*

Vistos : — Siendo absolutamente indispensable que el deudor sea comerciante para constituirse ó sér declarado en estado de quiebra, segun el artículo mil quinientos doce del Código ; y que para ser reputado comerciante se haya inscripto en la matrícula de comerciantes, con arreglo á los artículos primero y treinta y dos del mismo Código : — Constando por el escrito de foja cincuenta y una que D. Francisco Castro no reunia este requisito. — Se revoca el auto apelado de foja cincuenta y tres ; y satisfechas las costas devuélvase.

De esta sentencia apeló á su turno el síndico; y hé aquí la sentencia definitiva de la Sala de lo criminal, á la que fueron pasados los autos.

Señores: — *Font, Gonzalez, Dominguez, Langenheim, Eguia.*

Vistos: Considerando que, segun aparece de autos, D. Francisco Castro hacia del comercio su profesion habitual, cuya circunstancia lo constituye en la calidad de comerciante, segun el artículo 1° del Código de comercio: — Que la inscripcion en la matrícula á que el mismo artículo se refiere, no es un requisito esencial para caracterizar al comerciante: — Que su falta de cumplimiento por parte de este, no debe servirle para hacerse de mejor condicion que el comerciante matriculado; y que lo contrario importaria remunerar su propia violacion de la ley, eximiéndolo de las obligaciones y de la jurisdiccion que impone la profesion á que se ha dedicado y ha ejercido: — Por esto se reforma el auto recurrido, corriente á foja sesenta y cuatro, confirmándose el del juzgado inferior de foja cincuenta y tres, y satisfechas las costas, devuélvanse por su órden.

Así ha quedado resuelto en última instancia que la inscripcion en la matrícula no constituye por sí sola una condicion esencial del carácter de comerciante, y que su falta no impide que sea considerado como tal aquel que se dedica al ejercicio del comercio como á una profesion habitual de su vida. La ley, es verdad, exige esa inscripcion, mas bien como una prueba de la profesion y como una constatacion de la jurisdiccion á que por ella se ha sometido, que como un requisito del ejercicio de esa profesion y de la consideracion que deban merecer los actos de la vida civil que ejecute.

La inscripcion en la matrícula, como se ha dicho con

toda razon por el síndico y el fallido, es una obligacion del comerciante, no una condicion de su carácter : la sancion penal de esa obligacion no consiste en el desconocimiento de su carácter, sino en la denegacion de las garantías y favores con que la ley protege al comerciante y á sus transacciones : esa sancion penal no puede perjudicar á terceros inocentes en la violacion, ni tener por efecto privarlo de las seguridades que la ley dispensa á sus créditos; no puede tampoco ofrecer como un resultado racional, el beneficio y ventaja de aquel que precisamente ha incurrido en ella, y á quien, en vez de favorecer, ha querido castigar.

Nos remitimos para mas extensas explicaciones al artículo que citamos al principio, creyendo firmemente que la jurisprudencia quedará definitivamente fijada en la solucion que ha recibido la cuestion.

VII

CONTRATOS DE SOCIEDAD

Efectos entre los socios y respecto de los terceros de un contrato de sociedad comercial que no consta por escrito, ni ha sido registrado. (Art. 399 del Código de comercio.)

El artículo 399, dispone que toda sociedad debe redactarse por escrito. El artículo 47, ordena que se inscriban en el registro público las escrituras de sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto. Por fin, el artículo 397, determina las constancias que debe contener el asiento en el registro.

El artículo 52, declaraba sin accion entre los otorgantes las escrituras de sociedad de que no se tomara razon; y la misma disposicion reitera el artículo 399, negando toda accion á los socios entre sí, cuando no se acompañe el instrumento probatorio de la sociedad y de su registro.

La constancia por escrito de la existencia del con-

trato, y la publicidad de las cláusulas y condiciones que caracterizan la sociedad, son requisitos necesarios de su existencia como persona; forma impuesta por la ley á su vida civil y sin la cual no reconoce su existencia. El documento escrito del contrato, y la publicidad que importa su inscripcion en el registro, son garantías, además, establecidas por la ley para los derechos de terceros, que tendrian de esa manera los elementos necesarios para conocer la importancia de la sociedad, su responsabilidad, la naturaleza de los compromisos contraidos por los socios y las seguridades que ella pueda ofrecer á la eficacia y fiel cumplimiento de los contratos que celebren.

Porque la escritura es una forma esencial del contrato, la sociedad es nula entre los mismos socios, cuando en su celebracion no se ha observado esa forma. La ley ha querido comprometer radicalmente el interés de los asociados en la observancia de la forma prescripta, armando á cada uno de ellos con la accion de nulidad que podria destruir inevitablemente la sociedad formada sin contrato escrito y registrado (1).

La nulidad ó insubsistencia de la sociedad, cuyo contrato no consta de un documento registrado, no perjudica, en manera alguna, los derechos de terceros, á los cuales no podria oponerse esa nulidad como una excepcion liberatoria de los compromisos contraidos en su favor. « El imperio de la regla que pronuncia la » nulidad, no es absoluta sino entre los asociados : no » alcanza á los terceros.

» Una vez probada la sociedad, dice M. Treillard, » *aunque no sea constatada por un instrumento*, las

(1) TROPLONG, *Contrats de société*, núm. 226 y siguientes; MASSÉ, número 2550 ; PARDESSUS, núm. 1005 y siguientes.

» obligaciones contraidas en su nombre y en provecho » de terceros, no deben dejar de producir su efecto. » Es bien sabido que los socios no pueden oponer á los terceros la falta de un acto constitutivo de la sociedad. « No seria justo imputar á los terceros lo que no ha » sucedido sino por el hecho de los asociados.

» Los terceros pueden valerse aun de la prueba tes- » timonial; y frecuentemente ella es su principal me- » dio de compeler á los comerciantes, con quienes han » contratado, á celebrar el contrato de sociedad que » quisieran suprimir fraudulentamente » (1).

Massé, que es la fuente de la doctrina de nuestro Código en este punto, dice en el número 2551 : « Sin » embargo, es preciso hacer notar que exigiéndose el » acto escrito en interés de los terceros, la ausencia de » este acto no puede perjudicarles, en el sentido de » que siempre podrán demostrar por todos los medios » de prueba, y especialmente por testigos, el hecho de » una sociedad no constatada por escrito, y cuya exis- » tencia es negada por los socios. Por el contrario, los » terceros pueden siempre oponer á los asociados la » nulidad de la sociedad no constatada por escrito, y » los pretendidos socios no pueden recurrir jamás á » la prueba testimonial, ni á las presunciones, para » establecer respecto de terceros, la existencia de una » sociedad que no ha sido constituida de la manera » imperiosamente exigida por la ley. »

Por eso es que el artículo 400 de nuestro Código de comercio establece que son admisibles independiente- mente de la presentacion del contrato de sociedad, las acciones que los terceros puedan intentar contra la so-

(1) TROPLONG. núm. 229.

ciedad en general ó contra cualquiera de los socios en particular; y por eso tambien agrega en seguida que la existencia de la sociedad, cuando por parte de los socios no se presenta escritura, puede probarse por todos los géneros de prueba admitidos en el comercio.

Resulta por tanto de las disposiciones formales de los artículos 399 y 400 del Código, que una sociedad puede al mismo tiempo ser considerada como nula entre los socios, y como válida en favor de los terceros interesados que con ella hayan contratado; si esta situacion puede parecer un poco rara, ella resulta sin embargo, del texto formal de la ley, y los tribunales no podrian oponer inconveniente alguno al reconocimiento y declaracion de semejante resultado (1).

¿Las palabras de que se vale la ley: « ninguna accion entre los socios será admitida en juicio si no se acompaña el instrumento probatorio de la sociedad y de su registro», se refieren indistintamente á todas las acciones, y desvirtúan cualquiera relacion de derecho de los socios entre sí, ó de la sociedad con los terceros?

Para proceder con claridad en la investigacion, debemos dividirla, ocupándonos, primero de las relaciones de los socios entre sí, y en seguida de las de la sociedad con los terceros.

El jurisconsulto Freitas, en una interesante nota con que esclarece este punto en la *Consolidacion de las leyes civiles*, y aprovechando, segun dice, la ocasion de afirmar la verdadera inteligencia del artículo 303 del Código de comercio, idéntico al 399 del nuestro, de que los jueces y tribunales habian inducido consecuencias

(1) ALAUZET, tomo IV, núm. 382.

inicuas, se expresa en estos términos : « Las acciones que ese artículo 303 del Código inhibe á los socios entre sí y contra los terceros, si su produccion en juicio no fuere acompañada con el instrumento probatorio de la sociedad, no son todas las acciones indistintamente, sino solo aquellas que no tuvieran otra causa posible sino la existencia de una sociedad. Eso es lo que se comprende bien por las palabras del citado artículo : *que funden su intencion en la existencia de la sociedad*. Y á la verdad, si estas palabras distinguen ciertas acciones de los socios entre sí ó de los socios contra terceros, ¿cómo es posible entender que los socios están privados de demandarse recíprocamente por la restitucion de los bienes de sus entradas sociales, por la particion de los lucros habidos en comun, y de demandar á terceros para el pago de las deudas? Cuando no existe una sociedad legalmente constituida, ó contraida en forma legal, existe todavía *una sociedad de hecho*, una comunidad de bienes ó de intereses; y ahí tenemos una causa jurídica de las acciones, aun cuando no tengamos la existencia legal de una sociedad. Por otra parte, el artículo 303 del Código de comercio, prohibe que sin el instrumento social registrado se vengan á demandar en juicio efectos futuros del contrato de sociedad, por ejemplo, para que un socio realice la prometida cuota social; pero no prohibe que se demande en juicio por los efectos ya producidos, ó por lo que respecta á lo pasado. A no ser así, se autorizaria una usurpacion de bienes agenos. Esta es la doctrina de todos los escritores franceses sobre el contrato de sociedad, doctrina que tiene en su apoyo la buena razon y aun el simple buen sentido. »

Massé en efecto (1), sostiene que por rigurosa y absoluta que sea la disposicion legal que quiere que toda sociedad comercial sea comprobada por un instrumento, esta disposicion no afecta las relaciones entre sí. Ellos pueden establecer por toda clase de prueba la sociedad de hecho que los une. La sociedad será nula para el porvenir, en el sentido que cada uno de los asociados podrá separarse cuando le parezca; pero producirá sus efectos respecto de lo pasado, en cuanto á que los socios se deberán respectivamente cuenta, segun las reglas del derecho comun, de las operaciones que hayan hecho y de las ganancias ó pérdidas que hayan resultado. La ley puede bien hacer que una sociedad que no ha sido regularmente comprobada sea nula, pero no puede impedir que haya existido, que haya funcionado. Un capital ha sido introducido que pertenece á alguien; si ha habido provechos, es preciso dividirlos, si ha habido pérdidas, es preciso pagarlas. La nulidad, solo mira, pues, al porvenir, y respeta lo pasado : desde luego, los hechos realizados, que tengan un carácter comercial, pueden ser establecidos por la prueba testimonial segun las reglas generalmente admitidas en materia de comercio.

Las palabras de Massé, son las mismas de que se vale el artículo 399 en su segundo inciso para establecer la inteligencia genuina del principio consignado en la primera parte de dicho artículo.

En cuanto á las obligaciones contraidas entre la sociedad y los terceros, los mismos principios aplicados, deben dar una solucion idéntica que consiste en desligarlos de toda responsabilidad y eximirlos de toda

(1) Núm. 2552.

gestion dirigida contra ellos por una sociedad que no tiene existencia legal, por una sociedad que siendo nula no existe. Han mediado, sin embargo, contratos y obligaciones celebrados con una persona que se decia obrar en nombre de la sociedad ó por su cuenta; han existido compromisos, han tenido lugar prestaciones recíprocas tal vez, y por consiguiente, esas obligaciones deben cumplirse, deben ejecutarse esos compromisos y atribuirse los intereses á aquel á quien correspondan, para evitar que fraudulentamente se quede alguien con lo ageno. Si no hay sociedad legal, hay una sociedad de hecho, una comunion de intereses, en favor de la cual deberia ser obligado el tercero que contrató, á cumplir lo convenido, aun cuando no exista legalmente la sociedad que se le anunció; así como tiene el derecho de exigir de los asociados el cumplimiento de lo pactado, como si existiera realmente la sociedad, y sin que su nulidad pueda perjudicar en lo mas mínimo la completa satisfaccion de su derecho y la legítima satisfaccion de todo su interés. Tiene, en fin, el tercero que contrató, que someterse á la accion, no ya de la sociedad cuya personería puede rechazar porque es una sociedad nula; pero sí de los asociados á quienes pertenece el interés comprometido en la obligacion ó el contrato. *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento el injuria fieri locupletiorem* (1).

Huebra, comentando el artículo 285 del Código español que como el nuestro priva á la sociedad de toda accion por sus derechos y á cualquiera de los socios por los que respectivamente les compelan, si no existe

(1) Ley 206, Digesto, *de regulis juris.*

escritura del contrato, registrada, se hace cargo de tres cuestiones, la última de las cuales es si podrán los extraños ejercitar los derechos que les competan aunque no se haya otorgado la escritura social; y si en los casos en que no se concede á la sociedad ni á los asociados accion eficaz para reclamar sus derechos, les quedará algun otro recurso para pedir lo que hayan entregado, ó las anticipaciones y gastos que hayan hecho.

En cuanto á la primera parte de esta cuestion, la decide en favor de los terceros, porque el espíritu de la ley tiende á proteger los derechos de los terceros contra los actos de los socios que son los culpables de la omision de la escritura y del registro.

En cuando á si los asociados tienen alguna accion contra los terceros, « es necesario convenir, dice, en » que siendo nulos ó debiendo rescindirse todos los » contratos que, ó no producen accion, ó que si la pro- » ducen, queda ineficaz por la excepcion que la ley au- » toriza contra ella, la sociedad y los socios podrán » utilizar en estos casos los recursos que para todos » los de la misma clase se hallan introducidos en el » derecho, reclamando por este medio las anticipacio- » nes, gastos ó desembolsos que hayan hecho; porque » la prohibicion de demandar los derechos reconoci- » dos en el convenio de sociedad, no es posible que » autorice al que contrató con esta, para quedarse con » lo percibido, á pretexto de que no se otorgó escritura » ó que no se tomó razon, ni al socio que administró, » para no rendir cuentas ni devolver los fondos que se » le hayan entregado. »

Esta opinion, contiene un error, porque de que la sociedad no registrada, carezca de accion para reclamar

sus derechos de terceros, porque carece de personalidad jurídica, no se sigue que los contratos celebrados sean nulos respecto de ella y respecto de los terceros que contrataron. Hay siempre la comunion de intereses, la sociedad de hecho, y aun cuando el tercero podria excepcionarse contra la sociedad, alegando su nulidad, no podria eximirse de cumplir las obligaciones que contrajo, respecto de los socios considerados únicamente como dueños del interés que formaba el capital social. El tercero, podrá excepcionarse contra toda accion que funde su intencion en la existencia de la sociedad; pero la nulidad no le ofreceria una excepcion legítima contra la accion del asociado ó asociados que con él contrataron. La letra y el espíritu del artículo de nuestro Código, no autorizarian jamás, en buen criterio jurídico, la nulidad ó insubsistencia de los contratos celebrados que Huebra pronuncia, refiriéndose al artículo correlativo del Código español, y obligarian á extender sus conclusiones hasta dar á los asociados el derecho de exigir de los terceros el cumplimiento de toda prestacion convenida en favor de la sociedad.

Esta última opinion, se encuentra apoyada, tambien por autoridades respetables que sin vacilacion alguna la formulan como un punto de doctrina fundada en la naturaleza de las relaciones entre la sociedad no registrada y los terceros, y el móvil á que obedece el principio de nulidad que la ley formula.

La anulacion pronunciada, dice Alauzet (1), no podria tener por efecto autorizar á aquel que ha contratado con una sociedad, á rehusar el cumplimiento de

(1) Núm. 384.

los compromisos celebrados con ella; podria únicamente no reconocer á cada uno de los asociados la solidaridad activa que les hubiera pertenecido. Esta anulacion, menos podria autorizar á los asociados á rehusar el cumplimiento de los compromisos contraidos para con terceros.

Pardessus (1) se expresa en estos términos: « Como » consecuencia de esos principios, no se debe trepidar » en decidir que aquel que hubiera contratado con una » sociedad cuya existencia no pudiera comprobarse » por un acto registrado, como lo hemos dicho, número 1006, no tendria fundamento alguno para rehusar, con ese pretexto, la ejecucion de sus compromisos para con la sociedad. Unicamente podria, si » el título de su obligacion no constituyera á los asociados acreedores solidarios, negarse á reconocer en » el que se dijera gerente, el derecho de exigir el cumplimiento de la obligacion en nombre de los otros, » aduciendo que el acto en virtud del cual este asociado se pretendiera autorizado á representar á sus » coacreedores, no habia tenido publicidad legal. »

En fin, en el Diccionario de lo contencioso comercial de Dutruc, de reciente edicion (2), se lee lo siguiente: « La anulacion de la sociedad no publicada, » no tendria por otra parte el efecto de desligar á los » terceros de los compromisos contraidos por ellos » para con esta sociedad, ni con mayor razon el de » libertar á los asociados del cumplimiento de sus » obligaciones para con los terceros; pero ella pondria á los acreedores personales de los asociados,

(1) Núm. 1010.
(2) Núm. 125, verbo *sociétes*.

» al abrigo de la accion solidaria, sea de los asociados » mismos, sea de los acreedores sociales. »

De la exposicion de la doctrina precedente, resulta : Primero, que las acciones excluidas por la ley y contra las cuales la excepcion de nulidad puede útilmente oponerse, son las que *fundan su intencion* en la existencia de la sociedad; Segundo, que la nulidad de la sociedad, no perjudica las acciones de los terceros contra ella; Tercero, que esa nulidad no tiene el efecto de invalidar los contratos y las obligaciones celebradas con terceros y en favor de la sociedad, cuyo cumplimiento pueda exigirse por los asociados en su interés propio y por su derecho individual; Cuarto, que los terceros en tal caso, tendrian el derecho de oponer todas las excepciones personales á cada uno de los asociados y la facultad de saldar sus obligaciones con cada uno en la medida del interés que tuviera en la comunion ó sociedad de hecho ; Quinto, en fin, que no pudiendo dirigirse contra terceros ninguna accion que funde su intencion en la existencia de la sociedad, tienen el derecho de excluir su ejercicio negando la personalidad jurídica de la sociedad en cuyo nombre se dedujera la demanda.

VIII

AUTORIZACION DE SOCIEDADES

¿La autorizacion á que se refiere el artículo 405 del Código de comercio, puede concederse antes de haberse constituido la sociedad?

El gobierno pronunció la negativa á esa cuestion, en el asunto que en seguida damos cuenta, mandando se tenga por regla general su resolucion. Creemos bien fundada la decision del gobierno, y nos limitamos á referir brevemente los antecedentes que la han motivado.

D. Emilio Landois se presentó solicitando la autorizacion del gobierno para el establecimiento de una sociedad anónima, *La Constructora*, acompañando los estatutos que han de regirla, conforme á la disposicion del artículo 405 del Código, para proceder en seguida á su registro.

Esta peticion fué pasada al despacho del fiscal, y en seguida al del asesor, cuyos funcionarios se expidieron del modo siguiente:

Cuando la sociedad se haya organizado, discutidos y aprobados sus estatutos, y estos se presenten con los respectivos comprobantes de esos actos, será recien llegada la ocasion de examinar si ella puede, ó no, ser autorizada para establecerse y funcionar.

MORENO.

Llenadas que hayan sido las indicaciones del señor fiscal, creo no habrá inconveniente en que se aprueben los estatutos presentados pues nada encuentro en ellos que sea contrario á las leyes del país.

BECCAR.

El gobierno resolvió dar vista al interesado de lo dictaminado por el fiscal y aconsejado por el asesor; y evacuándola insiste en que se le conceda, sin mas trámite, la autorizacion solicitada. Se funda en la práctica de varios casos anteriores y en la costumbre general de formarse sociedades despues que la autorizacion ha sido concedida al iniciador.

El asunto volvió de nuevo al dictámen fiscal y consejo del asesor, cuyo despacho, con la resolucion del gobierno, son como sigue:

Excmo. Señor:

Las declaraciones del precedente escrito manifiestan que la sociedad anónima *La Constructora* no existe: que es un proyecto hasta ahora adoptado por el señor Landois, pero que no ha alcanzado todavía su realizacion.

El gobierno, entretanto, no tiene derecho alguno para mezclarse en el giro ó direccion de los intereses individuales, ni hacerse juez de la utilidad ó conveniencia de la forma que adopten los particulares en el desarrollo de su industria ó comercio; y la aprobacion solicitada por el señor Landois, solo importaria en este caso la conformidad del gobierno sobre el proyecto de sociedad, y una opinion anticipada é indebida sobre su conveniencia y utilidad.

Otra es, sin embargo, la mision del gobierno respecto á las sociedades anónimas.

Cuando los particulares han adoptado esa forma de giro para sus capitales, cuando la sociedad deja de ser una idea, un proyecto, para ser un hecho real, la aprobacion del gobierno importa una garantía á los terceros, sobre la legalidad y eficacia de la responsabilidad civil de la sociedad; una seguridad de que ella no entraña tendencia alguna contraria á la ley; que, por el contrario, su objeto redunda en utilidad general; la creacion, en fin, de la persona jurídica que reemplaza en la responsabilidad á la persona natural de los asociados y que la mera voluntad de estos no puede producir.

Accediendo á lo pedido por el señor Landois, se produciria muchas veces el abuso y el fraude, haciéndose creer que es una realidad la sociedad que existe solo en el dominio de las ideas.

Reitero, por lo tanto, á V. E. mi anterior dictámen, pidiéndole adopte una resolucion que pueda servir de regla y antecedente para este punto de constante aplicacion à la práctica.

Buenos Aires, 22 de julio de 1870.

MORENO.

Al asesor.

Buenos Airés, 12 de agosto de 1870.

MALAVER.

Buenos Aires, 17 de agosto de 1870.

Excmo. Señor:

El progreso de las ciencias jurídica y económica, ha demostrado la inconveniencia de la intervencion gubernativa en las sociedades anónimas; intervencion que solo debe tener lugar cuando aquellas ya funcionan; y en que, á pedimento de accionistas ú otra clase de interesados, el poder ejecutivo en diversas formas, examina la realidad de las operaciones, la observancia de los estatutos y reglamentos, dando á todo publicidad.

Con ello se reputa haber asegurado los intereses comprometidos, sin prevenir seguridades ó garantías que adormeciendo al individuo, son causa ó aliciente á ilícitos manejos.

Entre nosotros el Código de comercio requiere, para la existencia legal de las sociedades anónimas, que ellas sean previamente autorizadas por el poder ejecutivo. — Y mi juicio es, que la intervencion de V. E. al examinar los fundamentos orgánicos de la asociacion que intenta ser una persona moral aun no existente, debe limitarse á declarar : nada hay en ellos que sea opuesto á las leyes del país.

Si el pensamiento no puede llevarse á cabo, ó si la asociacion no da las suficientes garantías; en el primer caso, nada se perderá por tercero alguno, y en el segundo, la ley ha dado en la publicidad obligatoria, los medios de que se aseguren los que han de inocular en alguna forma su interés al de la sociedad.

El Código, artículo 407, ha prescripto, además, que el acto de autorizacion, escritura y estatutos, deben ser inscriptos en el tribunal de comercio. Si no hay accionistas no puede haber la escritura que el Código exige, y no puede entonces tener lugar la inscripcion.

Con estas ideas, y al objeto determinado, de puramente declarar : nada hay contrario á las leyes en el proyecto de sociedad, para crear esa nueva persona moral, creo debe V. E. aprobar los estatutos presentados de *La Constructora*, á los efectos ulteriores del artículo 407 del Código de comercio, ya citado.

C. Beccar.

Buenos Aires, 28 de agosto de 1870.

Visto este expediente y lo acerca de él dictaminado por el fiscal y aconsejado por el asesor, y considerando:

Primero: Que nuestro Código de comercio (1) exige para el establecimiento de las sociedades anónimas la autorizacion del poder ejecutivo, sin que la misma ley haya determinado los casos en que el gobierno deba acordar ó negar tal autorizacion, ni las condiciones que pueda poner á su otorgamiento, de lo que se deduce necesariamente que el mismo Código le ha dejado á este respecto amplia facultad (2).

Segundo: Que el exámen del gobierno, al conceder tal autorizacion, no puede tener otro objeto que el de asegurarse que existe, no un vano *prospecto* desprovisto de todo medio de ejecucion, sino que se han puesto capitales bastantes con relacion á la extension de la empresa, ó si no lo han sido sino hasta cierta cantidad, que las entregas subsiguientes quedan suficientemente aseguradas y la administracion organizada de una manera propia á garantir la regularidad de la gestion (3).

Tercero: Que, como lo observa el fiscal, la sociedad anónima *La Constructora* no existe sino como un proyecto del señor Landois, que no ha alcanzado todavía á su realizacion, no siendo, en en tal caso, conveniente que el gobierno se anticipe á autorizar el establecimiento de una sociedad que no existe, debiendo esperarse para ello á que conste que algunos capitales se han reunido para formarla, y que los dueños de estos, iniciadores de la compañía, han examinado y aprobado los estatutos que han de regirla.

Cuarto: Que este procedimiento, al mismo tiempo que ningun perjuicio infiere á los que acuerdan encabezar una sociedad anónima, sirve para mostrar á los terceros que puedan entrar á for-

(1) Art. 405.
(2) ALAUZET, *Comment. du code de commerce*, 2ª edic., tomo I, pág. 479.
(3) ALAUZET, lugar citado; PARDESSUS, *Droit comm.*, núm. 1040.

mar parte de dicha sociedad, ó á contratar con ella, los capitales y las garantías con que desde su principio cuenta ; mientras que el procedimiento contrario que se pretende por Landois, puede inducir en error á esos mismos terceros que, confiados en la autorizacion del gobierno, y no juzgando que esta pueda acordarse á sociedades en proyecto, pueden ser perjudicados al relacionar sus intereses con los de aquellos.

Quinto: Que no es fundamento bastante el alegado por Landois de haberse seguido por el gobierno, ante de ahora, el procedimiento que aquel pretende; puesto que ninguna ley ni principio lo obliga á confirmar sus resoluciones con los precedentes que él mismo ha establecido, cuando, como en el presente caso, los cree inconvenientes y perjudiciales para el interés general.

Por estas consideraciones, y las demás de la vista fiscal, y no obstante el dictámen último del asesor, el gobierno resuelve, antes de acordar la autorizacion que solicita, que se presenten los documentos que acrediten la fundacion de la sociedad anónima *La Constructora*, todo conforme á lo pedido por el fiscal; y que esta resolucion sirva de regla general para casos de igual naturaleza; Baje á escribanía para que se notifique á D. Emilio Landois; comuníquese al fiscal y al asesor, publíquese é insértese en el registro oficial.

IX

SOCIEDADES ANÓNIMAS EXTRANGERAS

¿Una sociedad anónima formada y constituida en país extrangero necesita ser autorizada por el gobierno para ejercitar en el territo rio del Estado su capacidad jurídica?

Hé ahí una interesante cueston bajo el doble aspecto de su importancia jurídica conforme á las disposiciones de nuestro derecho comercial, y de su importancia legislativa por el ardor con que se debate por notables jurisconsultos y economistas modernos, la conveniencia y la justicia de eximir á las sociedades anónimas de toda intervencion gubernativa.

Ahorramos la relacion de los antecedentes del asunto, porque son referidos sucintamente en la vista fiscal que trascribimos á continuacion:

Excmo. Señor:

Los gerentes de la sociedad *Tramways de Buenos Aires* se presentaron al juez de comercio, solicitando la inscripcion en el registro público, de los estatutos y acta de instalacion de la sociedad, en las condiciones

que establece el artículo 397 y segun la disposicion contenida en el inciso 2° del artículo 398 del Código de comercio. El juez decreta la inscripcion con citacion fiscal y previo certificado del actuario sobre la inscripcion de los gerentes en la matrícula de comerciantes; pero el escribano hace presente al juez, por medio de una nota, que se olvidó, al darle cuenta de este asunto, de prevenirle que se trataba de una sociedad anónima. El juez, en consecuencia, dejando sin efecto el auto anterior, confiere vista al agente fiscal, quien, fundado en la disposicion del artículo 405 del Código de comercio, pide que la sociedad obtenga primero la autorizacion requerida para esta clase de sociedades, pues aunque ha sido contraida en país extrangero, el tramway, que es su objeto, va á ser establecido en la Provincia, creyendo desde luego indispensable aquella autorizacion.

El juzgado, de conformidad con lo expuesto por el agente fiscal y considerando que la disposicion del artículo 405 del Código es especial á las sociedades anónimas, resuelve se proceda de acuerdo con lo indicado por aquel funcionario.

Los gerentes de la compañía piden revocatoria de esta resolucion, fundándose en que la disposicion del artículo 405 del Código se refiere únicamente á la administracion y establecimiento de las sociedades anónimas que se establezcan en el país, no pudiendo aplicarse á una sociedad organizada, establecida y administrada en país extrangero, donde tiene su domicilio y por consiguiente fuera del alcance de las leyes del país, lo que hace completamente inaplicable la razon en que se funda aquella disposicion, mientras que, tendiendo la disposicion del artículo 398 á garantir los

derechos de los terceros contra la sociedad y el cumplimiento de las obligaciones de los representantes de esta en el país, derechos y obligaciones sometidos al imperio de nuestras leyes y á la accion de nuestras autoridades, su aplicacion es completamente justa, por la razón misma en que se funda. El agente fiscal insiste en su anterior opinion, porque aun cuando la sociedad ha sido estipulada en país extrangero, ella va á establecerse en la Provincia donde existe el objeto de su explotacion, y debe entonces someterse á la disposicion especial que rige esta clase de sociedades, aun cuando esa disposicion no exista en el país donde se contrajo la sociedad, como tendria que someterse al registro prescripto por el artículo 398, aun cuando tales formalidades no se exigieran para las otras sociedades en las naciones en que fueran estipuladas.

El juez, por los fundamentos de este dictámen confirma su anterior resolucion, y confirmándose con ella los agentes de la sociedad, acuden ante V. E. solicitando su autorizacion para el establecimiento de la sociedad en la parte que es relativa á sus operaciones en Buenos Aires, quedando sujeta en estas operaciones á las leyes del Estado y á sus jurisdicciones.

He creido deber hacer esta breve relacion de los antecedentes de este asunto para apreciar debidamente el punto en cuestion y el medio propuesto por los agentes de la compañía, como solucion de la dificultad suscitada á fin de exponer las consideraciones que deben determinar, á mi juicio, la resolucion de V. E.

En general, una persona, como ser capaz de derechos y obligaciones, está sometida á las leyes de su estatuto personal, en cuanto á su capacidad para el ejercicio de los actos civiles, segun las condiciones

que constituyen su estado y la extension ó limitacion con que las mismas leyes reconozcan esa capacidad.

Con arreglo á este principio se resuelve toda cuestion de conflicto entre las leyes de distintos países cuando se trata de apreciar la capacidad de derecho de una persona extrangera; de suerte que en cuanto á su estado, se encuentra siempre regida por las mismas reglas, cualquiera que sea el territorio en que accidentalmente se encuentre y la jurisdiccion á que por esa razon se vea sometida.

Pero se trata de una sociedad, no de una persona física; y de una sociedad clasificada como anónima, que se halla sujeta á reglas especiales que le son exclusivamente propias; y es el caso de examinar si el mismo principio ha de observarse cuando se haya de apreciar la capacidad de una persona jurídica y si alguna alteracion introduce la circunstancia de ser una sociedad anónima la que constituya esa persona.

Todas las razones de conveniencia general y de justicia que fundan el estatuto personal, en virtud del cual el individuo queda bajo el imperio de las leyes de su domicilio que determina su estado y su capacidad en el ejercicio de los derechos civiles, son igualmente aplicables á las personas jurídicas, seres capaces, como aquel, de adquirir derechos y contraer obligaciones en la extension y condiciones que las leyes le designen con facultad de llevar su accion fuera del territorio y jurisdiccion de esas leyes, y ejercitar su capacidad de derecho, tambien como aquel, en otro territorio y bajo el imperio de otra jurisdiccion.

Por esto, sin duda, figuran como personas susceptibles de adquirir derechos ó contraer obligaciones seres que, no teniendo una existencia visible, pueden

sin embargo, ser sujetos activos y pasivos en el derecho privado, tales como el Estado, cada una de las provincias federadas, cada uno de sus municipios, los establecimientos de utilidad pública, literarios, científicos, religiosos ó piadosos, las sociedades anónimas, etc., así como los Estados extrangeros, cada una de sus provincias ó municipios, los establecimientos, corporaciones ó asociaciones existentes en los mismos, con tal que tengan los mismos objetos y fines semejantes á los que con ese carácter se encuentran establecidos en el país(1).

Así, una persona jurídica es en un todo semejante á la persona natural ó física, en cuanto recibe de las leyes de su domicilio su capacidad de obrar y su capacidad de derecho; en una palabra, su existencia como sujeto activo ó pasivo en las relaciones jurídicas.

Una sociedad anónima, que constituye una persona jurídica, establecida en país extrangero, debe hallarse sometida á su estatuto personal, es decir, á las leyes de su domicilio en lo que respecta á su capacidad, del mismo modo que una persona física, cuando se trata de apreciar su capacidad relativamente á los actos celebrados fuera de su domicilio ó en país extrangero.

No existiendo por consiguiente diferencia alguna entre las personas jurídicas y las personas naturales para la aplicacion de los principios en esta materia, las sociedades anónimas como personas jurídicas, quedan necesariamente sometidas á la aplicacion de esos principios.

¿Por qué habria de ser de otro modo? decia el abogado general de Vallée, á la Corte imperial de París. ¿Que es lo que reconocemos en el estatuto personal?

(1) Art. 3°, 4° y 5°, libro I, tít. 1°. Código civ

Es el poder de la ley extrangera para habilitar á sus nacionales mas allá de sus fronteras. Por eso nadie pensó en negar á las sociedades anónimas extrangeras regularmente constituidas la facultad de ser partes ante la justicia de Francia, como no se les negaba á las personas naturales y á las personas civiles, tales como una municipalidad, un hospicio, una corporacion cualquiera, ya fuera esta persona civil, nacional ó extrangera, aplicándose en consecuencia los artículos 14 y 15 del Codigo Napoleon, sin dificultad, á toda especie de sociedades.

En efecto, si los Estados, municipios, establecimientos y corporaciones extrangeras son personas jurídicas sujetas únicamente á su estatuto personal, no hay razon alguna que excluya á las sociedades anónimas, regularmente constituidas, de esa regla adoptada por razones de alta conveniencia, que se funda en el desarrollo de la industria y del comercio, en el consiguiente progreso de la comunicacion y la radicacion de intereses recíprocos.

El Código civil, que es una ley de la República, aunque su ejecucion esté por algun tiempo retardada, no autoriza tampoco esa exclusion.

De estas consideraciones generales se desprende, que una sociedad anónima extrangera queda sometida en cuanto á su capacidad como persona jurídica á las leyes de su domicilio segun las cuales debe ser juzgada por los tribunales, siempre que se trate de su capacidad para el ejercicio de los derechos civiles y no por las leyes del país donde ejercite esos derechos ó ejecute las operaciones de su institucion.

Ofrece, además, el presente caso, consideraciones especiales, que conducen á la misma solucion.

La sociedad inglesa *Tramways de Buenos Aires* no es una verdadera sociedad anónima, aun cuando tenga con esta muchos puntos de contacto, sino una sociedad de responsabilidad limitada, que tiene una reglamentacion especial, garantías adecuadas y diversa forma, autorizada en Inglaterra desde 1856 y en Francia desde 1863 hasta 1867 en que fué abrogada. Difiere de la sociedad anónima en la falta de autorizacion del gobierno y en las disposiciones especiales, que es necesario adoptar, para suplir la ausencia de esa garantía pública y preservar del fraude ó de la mala fe los intereses de accionistas y terceros: convienen las dos en la limitacion de la responsabilidad de los accionistas y en las disposiciones que establecen las consecuencias de esa limitacion.

El gobierno cuyas facultades en esa materia están reducidas al caso especial que la ley designa, no podria, pues, conceder autorizacion á una sociedad que no es verdaderamente una sociedad anónima, que tiene una reglamentacion especial segun la ley de su domicilio, y que aun permanece desconocida á nuestra legislacion.

El título que el Código de comercio consagra á las sociedades anónimas, se refiere, como es natural, á las sociedades de esa naturaleza que se formen en el país y se establezcan al amparo de sus instituciones y sus leyes; de ninguna manera á las sociedades extrangeras, que se hallan fuera de su imperio y de su jurisdiccion, sin que exista disposicion alguna que autorice para sentar que las sociedades extrangeras quedan sujetas á la misma reglamentacion. Si es verdad que toda sociedad anónima del Estado debe obtener la autorizacion indicada por el artículo 405 del Código, eso

no importa mas que fijar una de las condiciones de capacidad de la persona jurídica domiciliada en el territorio, dentro de cuyos límites tiene la ley un imperio absoluto; pero de ninguna manera importa desconocer la personalidad de las sociedades extrangeras, que por las leyes de su domicilio, segun las cuales se han constituido, no están sujetas á las mismas condiciones de capacidad; del mismo modo que las condiciones de capacidad que nuestras leyes exigen en las personas físicas domiciliadas en el Estado, no se aplican á las personas domiciliadas fuera de su territorio para juzgar de la validez ó nulidad de los actos civiles que ejecuten en el territorio del Estado, apreciándose, por el contrario, esa capacidad, segun las reglas de su estatuto personal.

Si ninguna disposicion del título *de las sociedades anónimas* se refiere á las sociedades extrangeras, sobre las condiciones de su capacidad, la única regla posible y justa es la aplicacion del estatuto personal, tal como se halla consignado en nuestra legislacion, excluyendo toda intervencion del gobierno cuya mision no es la distribucion de la justicia en los negocios civiles, ni la solucion de las cuestiones de puro interés privado.

Creo, por consiguiente, que V. E. no debe hacer lugar á la peticion de los agentes de la compañía, resolviendo que deben ocurrir á la justicia ordinaria para comprobar la existencia legal de la compañía y por lo tanto su personalidad, justificando haberse constituido legalmente con arreglo á la ley de su domicilio; y pidiendo á la autoridad competente, la inscripcion en el registro público de los documentos á que se refieren los artículos 47 y 397 del Código

Esa resolucion me parece conforme á la teoría adoptada por el Código civil en los principios de derecho internacional privado que consagra con espíritu tan liberal, como ajustado á los preceptos de la ciencia; conforme á la jurisprudencia generalmente adoptada por las naciones mas adelantadas, que tiende á suprimir toda dificultad que trabe la accion individual, debilite el espíritu de asociacion ó impida la circulacion espontánea de los elementos de comercio; la única, en fin, que favorece el desarrollo y la prosperidad del país, vivamente interesado en facilitar las transacciones y la introduccion de capitales extrangeros, como uno de los medios eficaces de progreso y bienestar social.

De esa manera las sociedades extrangeras regularmente constituidas segun las leyes de su domicilio, únicas que deben determinar su estado y capacidad como persona jurídica, podrán ejercer su capacidad de derecho en los actos y contratos civiles, quedando necesariamente sujetas en cuanto á esos actos y contratos á las leyes del país, conforme á los preceptos y disposiciones que consigne la legislacion bajo cuyo imperio y jurisdiccion se ejecutan.

Buenos Aires, 20 de abril de 1870.

MORENO.

Al asesor.

Buenos Aires, 3 de julio de 1870.

P. AGOTE.

Excmo. Señor:

Las sociedades estipuladas en países extrangeros con establecimiento en el Estado; tienen obligacion de inscribirse, etc. (Art. 398 del Código de comercio.)

La que nos ocupa se encuentra precisamente en esas circunstancias; y mi juicio es que V. E. debe aprobar sus estatutos, que la constituyen una verdadera sociedad anónima segun nuestras leyes, á los efectos del artículo 407 del mismo Código.

Y no importa que esta sociedad sea anónima, pues ello no significa sino la limitacion de las responsabilidades, que no tienen otro alcance que el máximum determinado en la constitucion orgánica de la misma sociedad.

La autorizacion de V. E. á los efectos indicados debe ser entonces bajo la bien expresa inteligencia de que, al cumplimiento de todos los contratos celebrados en el país por la compañía, están afectos todos los capitales y materiales pertenecientes á la misma, como sujetos exclusivamente á los tribunales del país, sin perjuicio de las acciones subsidiarias sobre los extrangeros; como sin perjuicio, tampoco, por parte de V. E., de la accion directa que lo asista sobre los concesionarios, que no son una asociacion anónima, sino dos personas colectivamente asociadas para construir tramways, aunque se denominaban Compañía, pero lo que no los constituia en ningun caso representantes, ú obrando á nombre de una sociedad anónima, que no puede suponerse sino constar y estar autorizada en forma.

Bajo esta inteligencia y declaraciones, que se harán saber á los recurrentes, y previa su aceptacion, no veo inconveniente en que se acuerde la autorizacion solicitada.

Buenos Aires, 21 de julio de 1870.

C. Beccar.

Buenos Aires, 16 de agosto de 1870.

Visto lo dictaminado por el fiscal y aconsejado por el asesor y considerando:

Primero: que á foja 45 del expediente seguido ante el juez de comercio, en el escrito en que solicitaban inscripcion, los recurrentes dicen textualmente: « D. Leon Isaac y D. Frank S. Livingston, gerentes de la sociedad anónima constituida en Inglaterra, bajo la denominacion *Tramways de la ciudad de Buenos Aires*, venimos á solicitar su inscripcion en el registro de comercio. »

Segundo: que en este mismo escrito se expresa que esta sociedad tiene establecimiento en Buenos Aires, y en tal virtud se manifiesta que se viene á cumplir con el artículo 398 del Código de comercio que en tal caso exige inscripcion bajo penas en él establecidas.

Tercero: que segun el poder exhibido por los señores Isaac y Livingston, y que corre á foja... del expediente citado, se les autoriza para hacer todas las representaciones al gobierno de la Provincia de Buenos Aires, y ejecutar todos los actos, hechos y cosas que sean requeridos para *constituir y establecer la sociedad poderdante como sociedad anónima*, de acuerdo con las leyes del gobierno provincial de Buenos Aires, etc.

Cuarto: que de estos antecedentes resulta que no se trata de ejercer actos especiales y limitados á nombre de una sociedad extraña al país, como son los que importan las gestiones ante los tribunales, sino funciones ordinarias y generales que importan la creacion de una entidad nueva, que por su forma y la declaracion de los recurrentes y sus poderdantes, es una sociedad anónima, que es la única clasificacion, por otra parte, en que puede considerarse con arreglo al Código de comercio.

Quinto: que las sociedades anónimas necesitan para su establecimiento en el país la autorizacion previa del poder ejecutivo, segun el artículo 405 del Código citado, y que esa autorizacion dispone el mismo Código por el artículo 407 que sea inscripta en el registro público de comercio.

Sexto: que aun prescindiendo de la consecuencia deducida en el considerando cuarto, el artículo 398 del Código de comercio impone la inscripcion á toda sociedad extrangera con establecimiento en el Estado, y que esa inscripcion se manda de acuerdo con el artículo 47, que concordada la última parte de su inciso 4° con el 407, importa equiparar las sociedades anónimas estipuladas en el extrangero con las que lo fueren en el país, respecto de los requisitos que deben llenar, y que es la mejor liberalidad á que pueda arribarse.

Sétimo: que la capacidad atribuida á una persona extrangera por la aplicacion de su estatuto personal, no puede extenderse hasta suprimir en su favor las solemnidades de órden público prescritas como requisitos para ejercitar funciones dadas, que no emanen directamente del derecho natural, porque seria constituir un privilegio odioso y depresivo para el país.

Octavo: que finalmente, ni aun el estatuto personal es aplicable á este caso por la naturaleza de las sociedades como personas jurídicas y por la de los actos que se trata de ejercitar: por estos fundamentos el gobierno resuelve, de acuerdo con lo aconsejado por el asesor, otorgar la autorizacion que se solicita para el establecimiento de la sociedad anónima *Tramways de la ciudad de Buenos Aires*, á sus efectos: desglósese el expediente agregado, entréguense los presentes autos á los recurrentes. — Comuníquese esta resolucion al fiscal y asesor, publíquese y dése al registro oficial.

CASTRO.
P. Agote.

Sentimos verdaderamente que la resolucion del gobierno en la cuestion de que acabamos de dar cuenta no se haya conformado con los principios de nuestra reciente legislacion, con los progresos que realiza el derecho moderno y aun con la lógica que debia observar en la deduccion de las consecuencias que establece.

Los principios de nuestra legislacion, que adopta el domicilio como fuente del estatuto personal, le obligaban á declarar que una persona extrangera puede ejercer en el Estado todos los derechos y acciones de que es capaz segun las leyes de su domicilio; porque estas leyes son las que rigen su capacidad de derecho en todos los actos civiles y segun las cuales se aprecia esa capacidad en el Estado. Si esa persona extrangera es una persona jurídica, lo único que tiene que demostrar es que ha sido creada en conformidad á las leyes de su domicilio, para que sea considerada como tal persona y le sea permitido ejercitar en el Estado todos los derechos civiles á que puede aspirar en la esfera de su capacidad. Así refiriéndonos á un caso igual al de que nos ocupamos, una municipalidad, una institucion de beneficencia, un establecimiento científico ó literario, que segun las leyes inglesas sea una persona jurídica, podria ejercer en el territorio de la Républica todos los actos civiles que en el derecho de los bienes son lícitos y permitidos á las personas de su clase, sin mas que justificar la verdad de su existencia segun las leyes del domicilio. ¿Podria pretenderse que una municipalidad ó institucion inglesa, que segun las leyes de su domicilio es una persona jurídica, necesita ser autorizada por el gobierno y creada segun las leyes del Estado, para que sea reconocida su personalidad jurídica y pueda ejercer los derechos que á las de igual naturaleza nuestras leyes reconocen? De ninguna manera, porque entonces los principios del derecho internacional privado, en cuanto al estatuto personal, habrian quedado sin conveniencia ni aplicacion; pues si no puede menos que reconocerse al estatuto personal, como regla de la existencia y capacidad de las personas jurídicas, preciso es

convenir en que cuando esa persona jurídica es el resultado de una sociedad comercial debidamente autorizada por las leyes de su domicilio, esas leyes, no las del Estado, son las que rigen su capacidad; y puede, por consiguiente, adquirir y obligarse en la extension que es permitida á las sociedades de su clase autorizadas en el Estado.

Los progresos del derecho comercial, sobre todo en materia de sociedades, recomendaban al gobierno una resolucion favorable al libre establecimiento y accion de las sociedades extrangeras, cuyo anhelo é intereses las induce á llevar á todas partes los elementos de industria y de capital de que disponen; y esa solucion debió parecerle tanto mas preferible, cuanto que ninguna disposicion legal respecto de sociedades anónimas extrangeras le oponia obstáculo alguno á su adopcion. En Inglaterra y Francia las sociedades extrangeras se rigen exclusivamente por su estatuto personal y se reconoce sin dificultad su personalidad jurídica, con la sola prueba de su existencia legal con arreglo á las leyes de su domicilio; y eso, aun cuando en esta última nacion, las sociedades anónimas estaban sometidas á la autorizacion gubernativa.

Un notable jurisconsulto francés, comentando la ley de 1857 sobre sociedades extrangeras, se expresa en los términos siguientes : « Al hablar de las sociedades » extrangeras, de sus derechos y de las obligaciones á » que están sometidas en Francia, bajo el punto de » vista de los actos legislativos que tendremos ocasion » de mencionar, nos vemos obligados á dividirlas en dos » grandes categorías : la primera comprende las socie- » dades anónimas y otras asociaciones sometidas á una » autorizacion previa del gobierno; la otra comprende

» las otras sociedades, cualquiera que sea su denomi-
» nacion, ya sean semejantes á las que la ley francesa
» ha reconocido y reglamentado, ó ya no encuentren
» en nuestra legislacion ninguna que les sea análoga,
» *como las sociedades de responsabilidad limitada,*
» *por ejemplo, antes de la ley de 23 de mayo de 1863*
» *que las ha naturalizado en Francia.*

» Durante largo tiempo esta distincion que acabamos
» de hacer era completamente inútil establecerla ante los
» tribunales franceses; la jurisprudencia no reconocia
» entre las sociedades extrangeras diferencia alguna y
» las asimilaba todas á los individuos; ninguna distin-
» cion se hacia, lo repetimos, entre las personas *mora-*
» *les ó civiles* y las personas *naturales* » (1).

El imperio de esta doctrina tan justa y liberal se des-virtuó sin embargo un tanto, á causa de los inconvenien-tes promovidos por los tribunales belgas que contradic-toriamente habian juzgado por una parte : « que el esta-
» tuto personal rige en país extrangero á las personas
» *morales ó civiles* tales como las sociedades, del mismo
» modo que á las personas *físicas;* y que, por consi-
» guiente, las sociedades anónimas francesas gozaban
» en Bélgica, sin necesidad de una previa autorizacion
» del gobierno belga, de una entera capacidad para con-
» tratar y para reclamar ante los tribunales de este país
» el cumplimiento de las obligaciones consentidas en su
» favor : mientras que, por otra parte, se habia decidido
» tambien en sentido contrario, que las sociedades anó-
» nimas no gozan en Bélgica de una capacidad y de
» una existencia legal, sin autorizacion del rey de los
» Belgas; y que, en consecuencia, faltando esa autori-

(1) ALAUZET, *Commentaire au code de commerce,* edic. de 1868, núm. 628.

» zacion no tienen esas sociedades personería para re- » clamar ante la justicia, de los nacionales belgas, el » pago de las obligaciones que hubieren contraido » (1). Y á consecuencia de estas dificultades y previo acuerdo de los dos gobiernos se dictó en Francia la ley de mayo de 1857 que acuerda á las sociedades belgas la capacidad de contratar y obrar en justicia, como los particulares, sin necesidad de una previa autorizacion del gobierno, correspondiendo así á una ley idéntica sancionada por el gobierno belga. Estos son los *actos legislativos* á que se refiere Alauzet, en el paraje antes citado.

Así quedó consagrada la doctrina que aplica sin distincion las leyes del estatuto personal tanto á las personas jurídicas, como á las personas naturales, porque ninguna razon de derecho puede fundar una distincion que no comprenderia en sus términos á todas las personas de una misma clase : doctrina que, por otra parte, es la que mas favorece el desarrollo del comercio y de las relaciones internacionales; y la que conviene mas á la facilidad de las transacciones y á la circulacion de los valores.

En fin, hemos dicho que la solucion adoptada por el gobierno no se desprende lógicamente de los principios que consigna como fundamento ; y basta para demostrarlo hacer notar que si la sociedad de que se trata es una sociedad anónima, porque así lo declaran los interesados y es tambien la única clasificacion en que puede considerarse con arreglo á nuestra legislacion ; y en tal carácter no puede pretender librarse de las reglas y principios á que están sometidas la de su clase que se

(1) DALLOZ, *Rep. de législ.*, v. *société*, núm. 1588.

fundan en el país (1), la resolucion debió negar la autorizacion solicitada, porque en verdad no era una sociedad anónima, ni estaba constituida con arreglo á nuestra ley comercial, como lo convence el título de la compañía y las referencias terminantes que los estatutos hacen á las leyes inglesas de 1857 y 1862 relativas á las *compañías de responsabilidad limitada*, desconocidas hasta ahora en nuestra legislacion y que tienen una reglamentacion enteramente diversa de la de nuestras sociedades anónimas. La autorizacion del gobierno no debe prestarse sino á las sociedades que se formen y establezcan conforme á las disposiciones legales de que el gobierno es mero ejecutor; y no puede invocarse la prescripcion en la ley que exige esa autorizacion en las sociedades anónimas, para concederla á las que no son anónimas, ni se establecen con arreglo á las leyes á que estas se encuentran sometidas.

Y si, por otra parte, la aplicacion del estatuto personal á una persona jurídica extrangera, no puede llegar hasta suprimir en su favor las solemnidades de órden público, prescriptas como requisito previo al ejercicio de sus derechos; y ni aun el estatuto personal es aplicable al presente caso por la naturaleza de la sociedad y por la de los actos que se trata de ejecutar (2), con doble razon debió ser negada la autorizacion : 1° porque si el estatuto personal no rige á esta clase de sociedades, la ley segun la cual puede únicamente constituirse, es la del lugar donde piensa ejercer sus actos y de ninguna manera bajo el imperio de una legislacion diversa; 2° porque si no son dispensables á las socieda-

(1) Considerandos 4° y 6°.
(2) Considerandos 7° y 8°.

des extrangeras las formalidades requeridas en las del país, de igual naturaleza, mucho menos deben serles dispensables las reglas que afectan su constitucion misma. Tal dispensa importaria un importante privilegio en su favor, pues que podrian gozar de una amplitud de derecho y una exencion de obligaciones, respecto de las constituidas en el país, que las colocaria en una situacion dominante y excepcional en el derecho comun aplicado á las demás.

En resúmen, la autorizacion del gobierno ha debido negarse :

1° Porque la sociedad de que se trata no es una sociedad anónima.

2° Porque aun cuando lo fuera no está constituida conforme á las reglas y principios que el Código de comercio establece para las de su clase.

3° Porque el estatuto personal no es aplicable á las sociedades como personas jurídicas.

4° En fin, porque aun siéndolo, no podria tener el efecto de exceptuar á las sociedades extrangeras de las formalidades y reglas establecidas por la ley, pues que entonces se hallarian en una condicion mucho mas favorecidas que las constituidas en el país.

Así resulta que el gobierno ha creado una persona jurídica que se halla domiciliada en país extrangero; constituida de una manera desconocida en nuestra legislacion, y cuya existencia y capacidad no se encuentran sometidas á nuestras leyes.

La aplicacion del estatuto personal habria evitado, en nuestra opinion, esos errores é inconsecuencias. Una persona es ser capaz de obligaciones y derechos segun la ley de su domicilio, que la crea ó reconoce como tal; esa ley da la medida de la capacidad de derecho de la

persona donde quiera que haya de ejercitarla; hé ahí el principio de derecho internacional privado, que es una regla de nuestra legislacion, igualmente aplicable á las personas naturales y á las personas jurídicas. Si en Inglaterra existen sociedades de responsabilidad limitada á un capital determinado, único punto de contacto que tienen con nuestras sociedades anónimas, pueden ejercer en nuestro país su capacidad de derecho en todos los actos de la vida civil que nuestras leyes permiten á las personas jurídicas y en la extension que les acuerdan las leyes de su domicilio, del mismo modo que lo haria una persona natural. Ni la ley, ni el gobierno, pueden crear personas jurídicas extrangeras, sin violentar los principios sobre que reposa el derecho internacional privado y los que rigen la creacion de esas personas en el derecho de los bienes.

La autorizacion del gobierno en este caso, no ha tenido por objeto el que se propone el artículo 449 del Código, porque no se trataba de crear la persona jurídica, ni aprobar la constitucion y establecimiento de una sociedad anónima, sino de permitir á una persona extrangera ya creada, á una sociedad constituida y establecida ya en otro país, el ejercicio en el nuestro de actos de comercio; autorizacion equivalente al permiso que se concediera á una persona natural de otra nacion para ejercitar en el Estado los derechos civiles que la ley protege y acuerda á los nacionales. La inutilidad de tal autorizacion ó permiso, no puede ser mas evidente en presencia de los principios constitucionales y legislativos que rigen esta materia.

La ley reconoce como personas jurídicas á los Estados extrangeros, cada una de sus provincias ó municipios, los establecimientos, corporaciones ó asociacio-

nes existentes en países extrangeros y que existiesen en iguales condiciones que los del Estado; es decir, con tal que posean patrimonio propio, sean capaces por sus estatutos de adquirir bienes y no subsistan de asignaciones del Estado (1). Una sociedad anónima extrangera es, pues, una persona jurídica reconocida por la ley; no necesita la autorizacion del gobierno para adquirir y obligarse; y no está sometida á otra formalidad que á la inscripcion en el registro de comercio, segun la disposicion del artículo 398 del Codigo de comercio, del acto constitutivo de la sociedad, los estatutos que la rijan y el poder conferido á sus agentes, con lo cual se hacen públicas su existencia y las garantías que ofrece á los terceros que tratan con ella.

Estamos persuadidos que esta doctrina, que es la de la ley y la mas conforme á los principios, ha de recibir estricta aplicacion, cuando se ponga en vigencia nuestra nueva legislacion civil que explícitamente la consigna.

(1) Art. 4°, núm. 5, y 5°, tít. 1°, secc. 1°, libro I, Código civil.

X

INTERPELACION JUDICIAL

¿Puede el comprador, sin pedir judicialmente la rescision del contrato, dejar este sin efecto, y comprar en plaza otros efectos de la misma clase, por cuenta del vendedor, ó reclamar de este daños y perjuicios?

¿Tiene derecho el vendedor que no ha sido constituido en mora para exigir el cumplimiento del contrato, aplicándose la disposicion del artículo 535, inciso 2°, Código de Comercio?

R. S... (1) se presentó el 7 de noviembre de 1871 ante el juzgado de primera instancia en lo comercial, exponiendo que en 17 de octubre del mismo año habia vendido á M. L... dos lanchadas de carbon de piedra y que negándose este á recibirlo sin justa causa, acompañaba la protesta que habia hecho al comprador, y formulaba demanda apoyado en el artículo 535 del Código de comercio, poniendo á disposicion del juzgado el carbon para que se sirviera ordenar el depósito

(1) Patrocinado por el doctor D. Eduardo Basavilbaso

y venta pública por cuenta y riesgo del comprador, condenando á este :

1° Al pago del precio con el interés corriente por la demora.

2° Al pago de los gastos de lanchaje y demás que se originen, costos y costas de este asunto.

El juzgado ordenó el depósito y venta pública, por cuenta de quien corresponda, corriendo traslado al demandado (1), quien expuso : que no se encontraba dispuesto á recibir la mercancía en virtud de lo prescripto en el primer inciso del artículo 530, Código de comercio, por el que se ordena, que el vendedor debe tener á disposicion del comprador la cosa vendida dentro de las 24 horas siguientes al contrato, si no se hubiere estipulado plazo por las partes; y como en efecto en el contrato no se determina plazo, juzgó su acto, con arreglo á derecho, por no haber presentado el vendedor la mercancía sino diez dias depues, aunque fué repetidas veces requerido sin éxito á la entrega; y vista la demora, habia tenido necesidad de comprar otra cantidad de carbon de calidad inferior, alcanzando á un 80 por ciento los perjuicios ocasionados por el vendedor; que en cuanto á lo dispuesto por el artículo 535 que el demandante alega en su favor, no puede ser aplicado en el presente asunto; porque ese artículo se refiere al caso de que el vendedor hubiese entregado la cosa en el plazo debido y el comprador se negase á recibirlo, lo que por cierto no ha sucedido ahora. Además si el vendedor no ha cumplido por su parte con hacer la entrega de la cosa vendida en el plazo de ley ni durante la prolongadísima espera que se le hizo, cúlpese á sí

(1) Dirigido por el doctor D. Leopoldo del Campo.

mismo; pero no pretenda hacer responsable de su demora precisamente al mismo á quien esa demora ha perjudicado.

Pero esto interpone reconvencion y mutua peticion contra el vendedor, para que se declare en oportunidad rescindido el contrato en virtud del primer inciso del artículo 534 por haber infringido el vendedor el primer inciso del artículo 530, pidiendo además, condenacion en costas.

Contestando por su parte el demandante planteó las siguientes cuestiones:

¿No habiendo plazo fijado en el contrato de compraventa incurre el vendedor en mora por el hecho de dejar trascurrir 24 horas sin tener la cosa vendida á disposicion del comprador?

¿Ha podido el demandado, sin la rescision judicial del contrato, dejar sin efecto este y comprar otros efectos en plaza, por cuenta del vendedor, ó tiene derecho para exigir daños y perjuicios á este?

¿Es aplicable en este caso la disposicion del artículo 530, tratándose de efectos comprados á bordo y cuya calidad y peso debian ser examinados y presenciados por el comprador?

Cuando el comprador ha invocado la disposicion del artículo 530 para exonerarse de toda responsabilidad ulterior, no ha tenido bien presente sus términos, dándole un alcance y una sancion que en manera alguna tiene.

Efectivamente el artículo citado, dispone únicamente que el vendedor debe tener á disposicion del comprador los efectos vendidos dentro de las 24 horas siguientes al contrato, pudiendo el comprador en caso contrario, hacer uso del derecho que le acuerda el artículo 534.

No hay, por consiguiente, *ipso jure*, sancion alguna, por faltar el vendedor á la obligacion impuesta por el artículo 530, no incurre tampoco en mora : y menos queda rescindido el contrato por este solo hecho.

La razon fácilmente se comprende ; pues siendo la disposicion de ese artículo únicamente en favor del comprador, no ha podido en ningun caso el legislador dejar á su arbitrio la validez ó nulidad del contrato.

Si bien ha impuesto esa obligacion al vendedor, no lo ha hecho en la forma que pretende hacerlo creer el demandado ; porque una vez celebrado un contrato consensual de esta naturaleza, no puede dejarse su rescision á la voluntad de una de las partes, como indudablemente sucederia si se le diera el alcance que se quiere.

Es por otra parte imposible entregar en 24 horas efectos que se hallan cargados á bordo, en buques de ultramar, como le constaba al comprador.

Todo esto demuestra que el artículo invocado por el demandado solo tiene el alcance que sus mismas palabras le dan y que el artículo 534 terminantemente establece al prescribir que : « cuando el vendedor no entregare los efectos vendidos al plazo estipulado ó al prescripto en el artículo 530, *podrá* el comprador *solicitar* la rescision del contrato, ó exigir su cumplimiento con los daños y perjuicios procedentes de la demora ó *pedir autorizacion* para comprar en plaza por cuenta del vendedor una cantidad igual de los mismos efectos.

Si alguna duda hubiese podido abrigarse sobre la disposicion del artículo 530, ella quedaria completamente desvanecida ante las palabras que acaban de trascribirse, por las que simplemente se acuerda un derecho al comprador del que puede usar ó no, á su arbitrio.

Cuando no hace uso de él, como en el presente caso, el contrato subsiste; y el vendedor no puede disponer de los efectos que se le han comprado, porque ya no son suyos desde que celebró el contrato y habiendo en cumplimiento de su deber puéstolos á la disposicion del comprador.

Para que el demandado hubiese podido quedar exonerado de la obligacion contraida, era necesario que ocurriera ante la autoridad competente solicitando su rescision, porque como no se trataba de intereses suyos solamente, sino por el contrario de un contrato firmado por ambos, es el juez quien debia resolverlo, y no su absoluta voluntad.

Concluye reconociendo la necesidad de la interpelacion judicial en estos casos apoyando este principio en el artículo 246 que dice textualmente en su tercer inciso: « La resolucion debe reclamarse judicialmente; y segun las circunstancias pueden los tribunales conceder un plazo al demandado. »

De todo lo cual saca la siguiente conclusion: que no ha podido el comprador, sin que el juez declare rescindido el contrato, dejarlo sin efecto, ni comprar otro artículo en plaza por su cuenta, ni exigir daños y perjuicios, siendo él únicamente responsable de los daños y perjuicios que ha causado con su arbitrario é ilegal proceder.

Siendo cuestion de puro derecho se corrió traslado por su órden y evacuándolo el demandado reprodujo sus fundamentos, agregando que el vendedor habia caido en mora, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 213 y 536 por los que se requiere una interpelacion judicial *ú otro acto semejante;* que los requerimientos hechos tantas veces al vendedor para la entrega de la

cosa equivalen á ese « otro acto semejante » de que habla la ley.

Además, si el vendedor hubiera previsto los inconvenientes que tuvo despues, habria, sin duda, como comerciante práctico, pedido un plazo para la entrega del carbon; pero la verdad es que él ofreció hacer inmediatamente la entrega, y si bien no le seria imputable dolo ni male fe en su falta, por cuya razon no se le cobran los daños y perjuicios á que en tales casos habria lugar, tampoco es justo que se pretenda negar al comprador el derecho que tiene de pedir pór la mora referida la rescision del contrato.

Dada las interpelaciones referidas, la mora ha existido pues, y ella ha creado á favor del comprador un derecho que ahora hace valer.

En la compra-venta el Código consigna esta teoría, estableciendo á favor del comprador la facultad de pedir la rescision del contrato cuando el vendedor no ha puesto la cosa vendida á su disposicion dentro del plazo señalado en el contrato, ó á falta de designacion, dentro del establecido por el artículo 530, sin que en estos casos sea necesaria interpelacion de ningun género, y por consiguiente, sin que la mora quede producida por parte del que debe entregar la cosa.

En efecto el artículo 534, prescindiendo de que el vendedor haya ó no caido en mora y por el solo hecho de no haberse puesto la cosa vendida á disposicion del comprador, en los términos que expresa, confiere el derecho de pedir judicialmente la rescision del contrato, sin señalar plazo alguno para el ejercicio de este derecho. Que las dificultades que dice el vendedor tuvo para la entrega de la cosa en el término que la ley le señalaba no pueden ser motivo legal.

Cita en su apoyo la opinion de Bedarride (1): « La
» resolucion de la venta contra el vendedor por falta de
» entrega, debe ser ordenada por los jueces. El artí-
» culo 1184 que consagra el principio, autoriza á estos
» segun las circunstancias á conceder un plazo al ven-
» dedor. La cuestion de saber si esta facultad existe
» en materia de ventas comerciales, no podia dejar
» de surgir y ella ha sido resuelta afirmativamente por
» las Cortes de Burdeos y Aix en 8 de agosto de 1829
» y 4 de mayo de 1832.

» En apoyo de esta teoría se ha citado la opinion de
» M. Troplong. Es cierto que este célebre juriscon-
» sulto, enseña que la facultad concedida por el artí-
» culo 1184 es absoluta y no sufre excepcion sino
» cuando se ha convenido que por la sola falta de en-
» trega se resolveria la venta.

» Pero Troplong no se ocupa sino de las ventas or-
» dinarias, y bajo el punto de vista del derecho co-
» mun; no examinando él la cuestion de la aplicabili-
» dad de este á las materias comerciales, no podia
» hacer otra deduccion, sin desconocer el verdadero
» carácter del artículo 1184.

» Lo que ha hecho consagrar su disposicion, es que
» en la venta ordinaria la prorogacion del plazo de la
» entrega, casi nunca ofreceria graves inconvenientes
» y cuando mas perjuicios mínimos, y solo en esta
« hipótesis es que los jueces deben usar de esta facul-
» tad.

» La prueba de que tal ha sido el pensamiento del
» legislador es que ha hecho de este poder una facul-
» tad y no un deber, lo que permite oponerse á su ejer-

(1) *Des contrats et ventes*, núm. 246, pág. 319.

» cicio, siempre que de él pudiera nacer un peligro ó
» un perjuicio.

» Pero esto que no es sino una excepcion mas ó
» menos rara para la venta ordinaria ó civil, se produ-
» ciria casi siempre en la venta comercial. Las varia-
» ciones del plazo podrán determinar el resultado de
» que la baja, al vencimiento de la próroga, hubiese
» reemplazado á la alta que existia en el dia conven-
» cionalmente fijado para la entrega; y entonces el
» comprador sufriria una pérdida en lugar del bene-
» ficio que la ejecucion del contrato le hubiese asegu-
» rado. »

Admite que en estricto derecho estaba efectivamente subsistente el contrato, y por consiguiente la obligacion del comprador, pero tambien lo es, que de los hechos producidos habia nacido una excepcion que oponer á esa obligacion, y esa excepcion es la de rescision que ha deducido.

Esta excepcion no tiene un término limitado por la ley para deducirla, y ella ha sido acordada como tal, para salvar al comprador damnificado del vendedor moroso, que pretendiese la ejecucion de un contrato cuyo cumplimiento habia sido él el primero en demorar.

Contestando el demandante agregó : que la contrademanda entablada por el demandado pidiendo se declare rescindido el contrato demuestra claramente que este subsistia en toda su fuerza y valor, pues no habiéndolo declarado disuelto las partes ni el juez, no podia suponerse ni establecerse otra cosa.

Que la confesion del demandado de que el contrato en estricto derecho subsistia, y por consiguiente, la obligacion del comprador, es la prueba mas probable

de la justicia de su causa; que aun cuando se trataba de un contrato consensual en que ambas partes tenian recíprocas obligaciones, la voluntad de una sola de estas habia suprimido las suyas dejando subsistentes las de la otra.

El juzgado dictó la siguiente sentencia:

Y vistos: —Debiendo verificarse la entrega de la cosa vendida dentro de veinte y cuatro horas, cuando los contratantes no hubieren estipulado plazo (art. 530 del Código); reconociendo el demandante á foja... que dentro de ese plazo no tuvo los efectos vendidos á disposicion del comprador y á foja... que efectivamente fué requerido para la entrega del carbon, sin poderla bacer por inconvenientes superiores á su voluntad, y estando justificada por esta circunstancia la mora del vendedor, segun el artículo 536, desde que la interpelacion judicial ú otro acto equivalente, tienen por objeto único, el constatar la falta de cumplimiento, cuya falta ha quedado constatada en el presente caso por la referencia antes indicada, es fuera de duda que el comprador haya procedido con todo derecho al pedir por su escrito de foja... la rescision del contrato, como así lo dispone el artículo 534 del Código; y en virtud de todo ello fallo declarándolo rescindido, y absolviendo en su consecuencia á D. M. L... sin especial condenacion en costas, de la demanda interpuesta por D. R. S...

JUAN E. BARRA.

Concedida la apelacion que interpuso, R. S... pidió al Superior Tribunal revocase esta sentencia exponiendo lo siguiente:

La cuestion que viene á resolverse ante este tribunal es de una alta importancia por los principios que en

ella se debaten y por las consecuencias que ella ha de traer al comercio, segun sea definitivamente fallada.

El juez inferior, sin establecer con precision los hechos que han ocurrido, se ha limitado á sentar principios y deducir de ellos consecuencias que ni el Código ni la jurisprudencia sancionan.

En la fecha de la protesta que se notificó á S..., sin oposicion alguna por su parte, ha sido constatado el hecho de que el contrato subsistia sin haberse deducido accion alguna para pedir su rescision; que estaba por consiguiente en su derecho el entablar la demanda, usando de la facultad que acuerda el artículo 535.

Este hecho que tiene que ser la base y fundamento de la resolucion que se dicte, no obstante estar confesado por la misma parte de L..., ha sido completamente desatendido por el juez inferior en su citada resolucion.

L.... ha dicho en uno de sus escritos que esperó siete dias la entrega de la cosa; en otro que esperó diez dias con el mismo objeto; y ha confesado, por último, que en estricto derecho estaba subsistente el contrato de compra-venta cuando se presentó pidiendo su cumplimiento.

¿Cómo ha podido entonces el juez inferior aplicar el artículo 530 en presencia de la expresa voluntad de las partes modificándolo? ¿Cómo ha podido suponer que existia por parte del comprador el derecho que aquel confiere, para el cumplimiento ó rescision del contrato dentro de veinte y cuatro horas, si segun él mismo dice esperó diez dias y aun mas?

La disposicion del citado artículo tiene su razon de ser, y puede usar del derecho que le confiere tanto el comprador como el vendedor, así como tambien pue-

den renunciar á este, ambos de comun acuerdo, que es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso.

Cuando no ha tenido lugar esa renuncia, es preciso entonces buscar la sancion de ese artículo y en qué casos y cómo debe ser aplicado.

Para averiguar con exactitud esto, necesitamos invocar la prescripcion del artículo 536 que precisa el caso en que el vendedor ó comprador puede ser considerado en mora y para esto exige, que preceda interpelacion judicial ú otro acto equivalente.

Las palabras de que se vale este artículo demuestran todavía, de acuerdo con opiniones de ilustrados jurisconsultos, que no es bastante esa interpelacion para hacer incurrir en mora; pues, segun las circunstancias y motivos especiales del caso, puede ó no el juez otorgar una próroga para el cumplimiento de la obligacion.

Para este asunto seria suficiente establecer que no ha habido ni la interpelacion ni otro acto semejante á que se refiere el artículo 213 y por lo tanto el contrato subsistia.

Si el contrato subsistia en la fecha de la demanda, haciendo uso del derecho que acuerda el artículo 535 cumple el vendedor con las obligaciones que la ley impone; y como el comprador no puede alegar otro tanto, debe necesariamente concluirse, que no es exacto el fundamento de la sentencia del juez inferior.

Si el comprador se hubiera presentado ante el juez usando del derecho que le acuerda el artículo 534 antes de haber sido demandado, entonces podia decirse que era fuera de toda duda el derecho en que apoya su peticion.

Pero cuando no es esto lo que ha sucedido sino pre-

cisamente lo contrario, el fundamento de la sentencia se vuelve en favor del vendedor, porque en la fecha que hizo la protesta y en la de la demanda el contrato subsistia.

El requerimiento particular que se hagan las partes, no es lo que constituye la mora, por una razon que no admite réplica, cual es la disposicion legal antes citada.

Y no se crea que esta prescripcion carece de razon y puede ella extenderse interpretando el artículo como lo hace el juez *a quo*, porque la ley quiere bien terminantemente la interpelacion ú otro acto equivalente, y nada mas; primeramente, para constatar así que el contrato ha quedado sin efecto; y en segundo lugar, para que no exista derecho por parte de uno de los contratantes, exigiendo el cumplimiento de una obligacion extinguida.

Si el contrato tenia toda su fuerza á pesar de la protesta y la demanda ¿hasta cuándo habria existido la obligacion del vendedor si no hubiera existido ningun de esos actos?

Ha olvidado el juez inferior que si bien se demoró unos dias la entrega de la cosa, hubo sobre el particular conformidad entre ambas partes, desde que el comprador no ha desconocido que esperó siete ó diez dias; y por consiguiente la mora en que se supone haber incurrido el vendedor solo podia invocarse despues de trascurridos estos.

En tal caso ¿cuál es el acto posterior que constata la morosidad para cumplir la obligacion contraida? ¿cuál es el hecho que puede invocar la sentencia condenatoria para aplicar la disposicion del artículo 536?

No habiendo habido interpelacion judicial ni otro

acto equivalente, como tampoco el requerimiento á que se refiere la sentencia apelada, falla por lo tanto esta por su base, aun en la hipótesis qne pudiera admitirse como legal, y comprendido en las palabras « otro acto equivalente » el simple requerimiento de uno de los contratantes.

Evacuando por su parte el traslado, M. L... pidió la confirmacion de la sentencia diciendo :

Es en verdad de trascendental importancia jurídica, la resolucion definitiva, que en esta causa va á recaer, por cuanto ella salvará nuestra ley mercantil, en una de sus partes de mas frecuente aplicacion, de las interpretaciones que á fuer de violentas, tienden á hacerla desaparecer, dejando además reducidas sus teorías á formas gráficas que harán imposible en adelante los litigios de la naturaleza del presente.

Sensible nos es sin embargo, que una tan importante cuestion tenga que ser solamente sostenida por nuestra modesta pluma; pero es tal la fuerza de nuestra conviccion sobre ella que no tememos afrontar la hábil réplica de nuestro distinguido contendor.

En primer lugar, es indudable á estar á lo dispuesto por el artículo 530 del Código de comercio que á falta de estipulacion expresa, el vendedor está obligado á tener á disposicion del comprador la cosa objeto del contrato dentro de 24 horas de su celebracion. Lo es tambien que por falta del vendedor á esta prescripcion, el comprador adquiere el derecho de pedir la rescision de aquel, ó comprar en plaza la misma cosa por cuenta del primero (1).

(1) Art. 534 del Código.

Ahora bien, en presencia de estas disposiciones tan claras como terminantes del Código, aun pretende S... que el comprador no ha tenido el derecho de pedir la rescision del contrato, solo porque S... se halló dispuesto durante ocho ó diez dias á recibirle el carbon, á pesar de la mora en que habia incurrido, pretendiendo que esa espera *no convenida con él*, importaba la estipulacion de un plazo para la entrega del carbon.

Es una proposicion de sentido comun que no puede haber estipulacion alguna sin intencion por parte del que la hace, y menos aun cuando no ha mediado *entre los* estipulantes hecho alguno que pudiera hacerla presumir, como ha sucedido entre L... y S....; así es que considerar la espera del primero como una estipulacion de plazo con el segundo, importa llevar la suspicacia jurídica á un término nada razonable, por lo mismo que es de todo punto indeterminado.

Si hubo estipulacion implícita de plazo ¿por cuánto tiempo se estipuló este?

No podrá ciertamente decirlo S... y se comprenderá fácilmente cuán absurdo es hablar de plazos que no tienen principio ni fin conocido.

No ha habido, pues, tal plazo estipulado; lo que ha habido en verdad, fué que L... no quiso ejercitar inmediatamente las acciones que la falta de S... le habia conferido, porque en diferir su ejercicio, no habia perjuicio alguno, puesto que la ley no le habia señalado un plazo perentorio para hacerlo.

El comprador adquirió una accion y el derecho de rescision, como una *excepcion* procedente de la falta del vendedor, accion y excepcion que se han ejercitado cuando S... pretendió que se cumpliera un contrato al que fué el primero en faltar.

Examinando si bastan las interpelacions extrajudiciales para producir mora, agrega: que el artículo 536 y su correlativo el 213 establecen que se incurre en mora por la interpelacion judicial *ú otro acto equivalente.* ¿Cuál será pues ese acto? S... pretende que no son las interpelaciones extrajudiciales; pero tampoco dice cuáles otras puedan ser.

En tal situacion debemos atenernos á lo que la práctica constante ha consagrado de acuerdo con los mas notables tratadistas, y en tal caso debemos establecer que se incurre en la mora por las exigencias extrajudiciales hechas por uno de los contratantes al otro (1).

En cuanto á lo que dice el vendedor que la prueba mas evidente de su derecho es la confesion por parte del comprador de que en estricto derecho el contrato subsiste, asegura que se ha hecho una equivocada apreciacion de sus asertos, porque es indudable que perfeccionando un contrato, no puede quedar resuelto legalmente por la voluntad sola de las partes y que es necesaria, indispensable, una declaracion judicial en que se establezca su rescision ó anulacion por una causa justa para que estas puedan tener lugar. Mientras esta declaracion no se dé, el contrato subsiste en vigor de derecho; pero subsiste con una excepcion que puede hacerlo desaparecer ó no, segun que ella sea ó no deducida.

La sola existencia de la excepcion no trae la invalidacion del contrato, y en este sentido se dice que él está subsistente mientras que en mérito de aquella, no haya sido declarado caduco.

Este contrato subsiste, como subsiste una obligacion

(1) Tejedos, *Derecho mercantil*, tomo II, núm. 165 y siguientes.

prescripta, cuyo cumplimiento nada tendria de ilegal, si el que tiene la excepcion no la opone y de esta manera se explica tambien la aparente anomalía que hace notar el contrario, de que no seria justo que uno de los contratantes quedase obligado mientras que el otro se hallaba completamente desligado.

Ninguno queda, en verdad, desligado de su obligacion por la falta del otro: lo único que hay es que desde que esa falta se ha cometido, la ley da al perjudicado una excepcion y una accion contra el moroso; accion para exigirle en todo tiempo el cumplimiento del contrato, ó excepcion para ampararse contra sus exigencias extemporáneas, y salvar así los perjuicios que la mora del tercero pudiera ocasionarle.

En cuanto á lo pretendido que por el hecho de no haber deducido L... su accion de rescision hasta que fué demandado, no debe hacerse lugar á ella, repito que la rescision se acuerda como accion ó como excepcion: como accion para pedirla judicialmente; como excepcion para oponerla al contratante que sea el primero en faltar al contrato, pues siendo correlativos los derechos y las obligaciones, el quebrantamiento de estas, obstaba siempre al ejercicio de aquellos no solo por la ley civil, sino aun en el terreno de la equidad y del derecho natural.

Si el vendedor fué el primero en faltar á su obligacion, ¿ cómo pretende entonces el derecho correlativo?

Se pronunció la siguiente sentencia:

Señores: — *Gonzalez*, *Dominguez*, *Langenheim.*

Vistos: — Considerando — Primero: que, cuando el vendedor no entrega los efectos vendidos al plazo estipulado ó al

prescripto por el artículo quinientos treinta, Código de Comercio (es decir dentro de las veinte y cuatro horas siguientes al contrato), puede el comprador *solicitar* la rescision de este, ó usar de los otros árbitros, que el artículo quinientos treinta y cuatro designa; Segundo: que los términos expresos de dicho artículo demuestran que L... no ha podido por sí y ante sí rescindir el contrato, comprando otras mercaderías en plaza como lo asevera, sino que ha debido ocurrir á la autoridad competente; Tercero: que segun el artículo quinientos treinta y seis, para que el vendedor ó comprador puedan ser considerados en mora, es necesario que preceda interpelacion judicial, ú otro acto equivalente para la entrega de la cosa vendida, ó el pago del precio; Cuarto: que en el caso actual el comprador D. M. L... se ha limitado como lo confiesa á simples requerimientos privados; Quinto: que semejantes requerimientos no importan la interpelacion judicial, ú otro acto equivalente, pues esto significa un acto que participa del carácter de aquella como una protesta, por ejemplo; Sexto: que á presencia de las disposiciones citadas, el mencionado L... que no se ha ajustado á ellas, se encuentra en el deber de cumplir el contrato; Sétimo, y último: que el vendedor D. R. S... para poner á salvo su derecho, levantó la protesta á foja... interponiendo en seguida su demanda, foja...

Por estos fundamentos se revoca la sentencia apelada corriente á foja... y se declara á L... obligado al pago dentro de diez dias del precio de compra del carbon, llevándose en cuenta el producido del remate que S... recibió á foja... con intereses á extilo de banco desde la fecha de la protosta, como tambien á la satisfaccion de los gastos posteriores á aquella que en debida forma justificare. Satisfechas las costas devuélvanse; reponiéndose los sellos.

Apelada esa resolucion expuso el comprador: que cuando una de las partes falta á su obligacion pierde el derecho de exigir el cumplimiento de la que le es correlativa. El vendedor no ha entregado la cosa en el

término prescripto ¿cómo puede, pues, exigir de su contrario el cumplimiento de la suya, doce dias despues que concluya aquel? Es por otra parte absurdo exigir el cumplimiento de una obligacion que es el primero en violar.

Que para que haya mora no es requerido necesariamente un acto judicial, pues como dice Tejedor (1), «bastan simples presunciones, un documento cualquiera aunque sea privado, que demuestre al deudor que el acreedor quiere ser pagado para que produzca la mora,» que en el caso presente hay mas que presunciones; hay hechos reconocidos por el mismo vendedor en que se le requiere la entrega.

Además el artículo 246 del Código establece textualmente que: «la condicion resolutoria se entiende implícitamente comprendida en todos los contratos bilaterales ó sinalagmáticos para el caso en que una de las partes no cumpla su compromiso;» y segun el texto del artículo 244: «la condicion resolutoria es la que, cuando no se verifica, ocasiona la revocacion de la obligacion, reponiendo las cosas al estado que habrian tenido si no hubiese existido la obligacion.

Si la opinion de los jurisconsultos; si las doctrinas consagradas en sentencias anteriores de V. E. y el espíritu dominante en la legislacion mercantil, nos llevan á buscar en los fallos la sola verdad de los hechos, prescindiendo de las formas mas ó menos solemnes con que se hallen revestidos; si hemos de decir las controversias mercantiles á *verdad sabida y buena fe guardada*; porque la rapidez de aquellos no permite someterla á forma *stricti juris*, debemos creer, sin dis-

1) *Derecho mercantil.*

puta, que es errónea la doctrina de la Excma. Sala 2ª, exigiendo formas solemnes para toda interpelacion, cuando esas formas no vendrian á aumentar en un solo grado la verdad de la interpelacion confesada por el vendedor.

Por otra parte, ¿cuál es el objeto de las formas designadas para ciertos actos, por la ley? ¿No es acaso el llegar por medios seguros al conocimiento de la verdad de ciertos hechos?

Y en materia de comercio tratándose de actos de prueba, ¿habrá quizá alguno mas solemne, mas eficaz para el objeto que la misma confesion de la parte interesada en la no existencia del hecho? Sin duda que no; y es bien incomprensible cómo la Excma. Sala 2ª apegándose ciegamente á formas no indispensables por la ley, haya prescindido de la *verdad sabida*, aunque por confesion del deudor, para hacerse la ilusion que este no incurrió en mora por el solo hecho de no haber sido *solemne* y *judicialmente* interpelado.

R. S... contestó: que en vista de los fundamentos de la sentencia y que nada de nuevo se habia manifestado para rebatirlos se limitaba á reproducir sus escritos anteriores, agregando que la última parte del artículo 246 citado de contrario era el mas sólido argumento que podia hacerse en pro de la justicia de la sentencia.

Admitiendo y aceptando el mismo L... la aplicacion de las disposiciones legales de este artículo á la cuestion presente, invocándolas en su apoyo no tiene motivo alguno para quejarse del severo cumplimiento que de él hace la sentencia de la otra Excma. Sala.

Efectivamente, desde que la resolucion del contrato solo puede hacerse pidiéndola judicialmente, desde

que la condicion resolutoria implícita, no resuelve *ipso jure* el contrato, no ha podido L... por sí y ante sí rescindirlo sin demandarlo ante el juez competente y sin constatar como correspondia la mora en que habia incurrido el vendedor.

Recayó la siguiente sentencia confirmatoria de la anterior:

Señores: — *Somellera, Pica, Salas, Kier, Isla.*

Vistos: — Por sus fundamentos se confirma la sentencia recurrida de foja... y satisfechas las costas de esta instancia, devuélvanse por su órden.

Repóngase el sello.

Las dos cuestiones con que encabezamos este artículo, han sido resueltas negativamente por los tribunales superiores en las sentencias que dejamos trascriptas; y consideradas en abstracto, con prescidencia de los hechos á que se han aplicado las consideraciones de derecho adoptadas como solucion, nada tendríamos que objetar sobre su verdad y exactitud.

Pero las sentencias se prestan á observaciones críticas de interés doctrinario, porque comprometen principios jurídicos de la mas alta importancia y de la mas frecuente aplicacion, consignando errores condenados por principios claros y precisos de nuestra doctrina legal. Bajo este punto de vista, haremos un ligero exámen de las sentencias que pondrá de relieve los defectos

de doctrina de que adolecen y la constante necesidad de prestar una atencion prolija á los fundamentos de derecho que motivan una decision judicial, aun cuando solo concurran como elementos accesorios de la razon fundamental que motiva la parte dispositiva de la sentencia.

La decision de primera instancia en esta causa, empieza consignando un error que creemos mas bien de redaccion que de doctrina, relativamente á la disposicion del artículo 530 del Código de comercio. Este artículo está tomado á la letra del 372 del Código de comercio español, y tiene en ambos por objeto fijar un término dentro del cual la entrega pueda verificarse, en cumplimiento de la obligacion contraida por el vendedor, cuando la estipulacion de las partes nada haya determinado á este respecto. Pero el legislador que dictaba reglas para la compra-venta comercial, no podia ignorar que la naturaleza de esta negociacion, los objetos sobre que recae y las necesidades del comercio, harian imposible en la inmensa mayoría de los casos, la entrega inmediata dentro de veinticuatro horas, por eso es que la ley, lejos de ordenar la entrega completa de los objetos vendidos dentro del plazo que designa, se limita á circunscribir para alcanzar sus fines, la obligacion del vendedor á *tener á disposicion* del comprador los efectos que le vendió, dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato, indicando así que la entrega puede demorar todo el tiempo que sea necesario para el recibo de los objetos vendidos, segun su cantidad, calidad ó circunstancias accidentales que requieran el empleo de un tiempo mas ó menos largo para consumarla.

No es, pues, exacto que la entrega de la cosa ven-

dida debe verificarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato, segun la disposicion del artículo 530 del Código, como lo afirma la sentencia de la primera instancia; y como la disposicion de la ley es expresa, los términos de que se hacen uso, claros y precisos, y fácilmente perceptible la razon práctica que la determina, creemos que es un error de redaccion y no de concepto, escapado al juez en el cúmulo del despacho, que carece por eso de una vital importancia.

En cuanto al fondo de la cuestion debatida, preciso es confesar que ella consiste en saber si el vendedor fué constituido en mora, lo que importa una cuestion de hecho, agena á la investigacion crítica.

De esa cuestion de hecho, dependen las dos cuestiones que forman el encabezamiento de este artículo; porque solo constituido en mora el vendedor, podria el comprador pedir la rescision del contrato, ó exigir su cumplimiento con los daños y perjuicios procedentes, ó pedir autorizacion para comprar en la plaza, por cuenta del vendedor, una cantidad igual de los mismos efectos (1); y porque solo constituido en mora el comprador, tiene el vendedor derecho para pedir la rescision del contrato, ó reclamar el precio con el interés corriente, depositando los efectos á la órden de la autoridad judicial para que ordene su venta por cuenta y riesgo del comprador (2).

La solucion, pues, de los derechos respectivos de comprador y vendedor, dependen en todo caso de la mora, pues que si esta no ha sido legalmente establecida, ninguna falta pueden reprocharse recíprocamente

(1) Art. 534 del Código.
(2) Art. 534 y 535 del Código.

las partes contratantes, una vez que el consentimiento mutuo haya venido á modificar la extension y eficacia de sus obligaciones, evitando los efectos consiguientes á la mora en cumplirlos.

Y puesto que en las sentencias de que hemos dado cuenta, se hacen aplicaciones evidentemente equivocadas, que reconocen sin duda como punto de partida, nociones erradas sobre la naturaleza misma y efectos de la mora, nos parece oportuno sentar teóricamente los principios, para compararlos en seguida con las aplicaciones que criticamos.

La palabra *mora* tiene un sentido natural y un sentido técnico.

En su significacion natural, *mora*, quiere decir retardo ó tardanza; *esse in mora*, estar en retardo, haber diferido la ejecucion. *Moram facere solutione*, significa, segun la ley 24, libro XXII, título 1°, Digesto, hallarse en retardo de hacer el pago; y por eso el doctor Tejedor (1), de acuerdo con Massé (2), dice que una persona está en mora cuando está en retardo de hacer una cosa. En este sentido podria decirse que se halla constituido en mora, aquel que difiere el cumplimiento de una obligacion ó del pago.

Pero en la significacion jurídica, en el sentido técnico, para que una persona se halle constituida en *mora*, no basta que se encuentre en retardo de cumplir la obligacion ó que haga un pago tardío; es necesario además, que haya sido objeto de una interpelacion. *Nulla enim intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*, dice la ley 127, libro XLV, Digesto; y la ley 32, libro XXII,

(1) *Derecho mercantil*, tomo I, núm. 154.
(2) Tomo IV, núm. 199.

título 1°, exige la misma condicion en estas palabras : *Mora fieri intelligitur.... id est si* INTERPELLATUS *opportuno loco, non solverit.*

No es, pues, el retardo pura y simplemente en el cumplimiento de una obligacion, lo que constituye jurídicamente la mora, sino el retardo despues que el acreedor ha exigido el pago del deudor. Tal es el principio general sentado por los autores, que reconocen como excepciones legítimas, los casos en que por disposicion de la ley, por la naturaleza de la convencion ó por la estipulacion de las partes, el solo vencimiento del término, sin necesidad de la interpelacion, produce como consecuencias necesarias las responsabilidades de la mora.

La necesidad de la interpelacion es exigida por regla general, porque el deudor no está obligado á ofrecer espontáneamente la prestacion objeto de su obligacion, y mientras que el acreedor no le exija el pago, no hay motivo para creer que se encuentre perjudicado en sus intereses, y concurre por el contrario un tácito consentimiento expresado por su inaccion, de diferir voluntariamente el pago que tendria derecho á exigir.

Por otra parte, si la mora induce responsabilidad para el que incurre en ella, si el deudor en consecuencia de la tardanza ó retardo debe integrar al acreedor los daños é intereses sufridos, en que consiste la lesion á su derecho y el perjuicio á sus intereses, es porque esa mora ó retardo proviene de una culpa, de una falta imputable al autor. Cuando la mora proviene de un caso fortuito, de un accidente que no puede ser imputado al deudor, este se encuentra libre de toda responsabilidad por un principio de equidad natural y de toda justicia. *Casus à nemine præstantur ;* ó como se induce

de una antigua regla de derecho : *qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere* (1).

La mora ha sido definida por los autores : la injusta omision de hacer ó de recibir un pago; no obstante la formal prevencion de la ley romana (2), que apoyándose en la autoridad de Pompinio, declara que : *difficile est hujus rei definitio*, y que recuerda las palabras del rescripto del emperador Pio á Julio Balbo, á quien decia que por ninguna constitucion se puede determinar si hubo mora, ni por decision de los autores del derecho; porque es mas cierto que consiste en hecho que en derecho.

La mora, pues, jurídicamente hablando, supone tres condiciones : 1° retardo en el cumplimiento de la obligacion; 2° culpa imputable al deudor por este retardo; 3° interpelacion de pago ó entrega hecha al deudor.

De estas tres condiciones, las dos primeras quedan fuera de este exámen crítico, porque no han sido materia de discusion ni del estudio de los jueces; debiendo prevenir únicamente, que el simple retardo, aunque no constituya por sí solo la mora, cuando él es imputable al deudor, el derecho le atribuye diversos efectos en casos determinados, sin que por eso quedé confundido ó identificado con la mora.

En cuanto á la interpelacion, no se duda tampoco que sea una condicion esencial en presencia del texto expreso de la ley, y la única cuestion diversamente apreciada por las sentencias y digna de ser examinada con detencion por la importancia práctica que reviste, es la de saber cuál es la forma en que ha de producirse para que surta los efectos legales.

(1) Ley 63, tít. 17. libro L, Digesto, *de diversis regulis juris.*

(2) Ley 32 antes citada.

« El deudor cae en mora, sea por interpelacion judicial », dice el artículo 213 del Código de comercio; de suerte que, no puede dudarse que la demanda entablada ante la justicia, importa una verdadera y legal interpelacion.

Pero el mismo artículo agrega : « ú otro acto equivalente, » y la duda surge entonces sobre la clase y condicion de los actos que podrian ser equivalentes de una interpelacion judicial.

Esta duda ha sido diversamente resuelta por las sentencias que examinamos. En efecto, la sentencia de primera instancia declara : que habiendo reconocido el demandante que dentro del plazo de veinticuatro horas no tuvo los efectos vendidos á disposicion del comprador; y que fué requerido particularmente para la entrega, sin poderla efectuar por inconvenientes superiores á su voluntad, está justificada por esta circunstancia la mora del vendedor, segun el artículo 536, desde que la interpelacion judicial *ú otro acto equivalente*, tienen por único objeto constatar la falta de cumplimiento, cuya falta ha quedado constatada en el presente caso por la referencia indicada. La interpelacion extrajudicial ó particular hecha al vendedor para la entrega y confesada por este en uno de sus escritos, es por consiguiente para el juez, un acto equivalente de la interpelacion judicial. En su opinion, no teniendo mas objeto la interpelacion que hacer conocer al deudor, la exigencia del derecho del acreedor, cualquiera que sea la forma de la interpelacion, como ella puede probarse, debe surtir los mismos efectos que si fuera judicialmente dirigida, porque el objeto que con ella se procura comprobar, se consigue igualmente con cualquiera medio de prueba.

La sentencia de segunda instancia, decl ara, por el contrario: que habiéndose limitado el comprador en el caso actual á simples requerimientos privados, que no importan la interpelacion judicial *ú otro acto* equivalente, pues este significa un acto que participa del carácter de aquella, como una protesta por ejemplo, el vendedor no ha sido constituido en mora, por cuya razon revoca la sentencia de primera instancia.

Estos mismos fundamentos fueron invocados en tercera instancia para confirmar esta última sentencia, quedando asI establecido por el Superior Tribunal, que para constituir en mora al deudor es necesaria una interpelacion judicial ó un acto público como una protesta en forma que equivalga á la demanda en juicio y que participe de carácter judicial.

Para averiguar si esta solucion es conforme á nuestro derecho, examinaremos los antecedentes que reconocen como orígen y procuraremos en seguida aplicarle la doctrina comercial á que particularmente debiera estar sometido.

En la legislacion romana era constante que la interpelacion podia hacerse de cualquiera manera, judicial ó extrajudicialmente y aun de palabra, siempre que fuera formal y probara la intencion deliberada del acreedor de recibir el pago. Así se entendian, por los antiguos autores, las palabras *si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicem examinabitur*, de que se vale la ley 32, título 1°, libro XXII, del Digesto, expresando la glosa que *mora fit vel ex interpellatione, vel diei adiecti lapsu, vel litis contestatione*; y agregando aun mas claramente en la ley 122, libro XLV, título 1°, Digesto, *mora contrahitur à debitore etiam interpellatione extrajudiciali.*

Nuestro antiguo derecho, tampoco exigia un acto judicial como indispensable para hacer constar la interpelacion, que debia eficazmente constituir en mora al deudor.

La ley 18, título 11, partida 5ª, determinando la responsabilidad en que incurre el deudor por la pérdida ó menoscabo de la cosa, ocurrida en su poder, distingue las obligaciones á plazo de las que no tienen término señalado para su cumplimiento. En las primeras, la responsabilidad se hace efectiva si la pérdida ó deterioro ocurre despues del vencimiento del plazo á que el deudor debia entregarla : en las segundas, la responsabilidad solo tiene lugar « si despues de eso ge la pi- » diese el otro á quien fué prometida, pidiendogela e » non ge la quisiere dar, pudiendolo fazer, dezimos, » que si muriese la cosa despues, de su muerte natural, » que es tenudo de la fechar. Pero si muriese en ante » quel otro que la demandase, estonce non seria tenudo » el que la prometió, de darle ninguna cosa por ella. » Y Gregorio Lopez, en el comentario á esta ley y sobre las palabras *que la pidiese* dice, « *aunque sea extraju-* » *dicialmente*, como lo observa la glosa, § 192, Digesto, » *de verborum obligationibus* » ; observacion que acabamos de trascribir; agregando que, cuando se trate de aquello que solo puede pedirse implorando el oficio del juez, la interpelacion debe ser judicial.

La ley 35 del mismo título y partida, que se refiere á las obligaciones con cláusula penal hace la misma distincion entre las que tienen término y las que no lo tienen, declarando que en las primeras, si vencido el plazo no cumpliere el deudor, queda obligado á satisfacer la pena ó verificar la entrega como lo prefiera el acreedor. En las obligaciones sin plazo, « si el deudor

» le demandasse en tiempo convenible y en logar gui-
» sado, que le cumpliese aquello que le habia prome-
» tido, e non lo quissiese cumplir pudiendolo fazer, ó
» seyendo tiempo pasado en que lo pudiesse fazer si qui-
» siesse, que de allí en adelante tenudo seria de le fechar
» la pena. » Y de ahí es tambien que Goyena en el comentario al artículo 1007 de su proyecto de Código, sienta, que por derecho romano y patrio no era necesario que el requerimiento del acreedor fuese judicial apoyándose en la disposicion de las dos leyes que acabamos de citar.

En cuanto á la disposicion especial del artículo 213 del Código de comercio, que sirve de base á la sentencia, debemos buscar en su orígen, su espíritu y significacion jurídica, para compararlos con los antecedentes de nuestro derecho anterior y con la doctrina de nuestra ley civil, para darle así su verdadera inteligencia y alcance.

Ese artículo es tomado del artículo 1139 del Código civil francés que á la letra dice así : « El deudor se constituye en mora, sea por una intimacion (*sommation*), ó por un acto equivalente, sea por el efecto de la convencion, cuando en ella se expresa que sin necesidad de acto y por el solo vencimiento del término, el deudor quedará constituido en mora. »

Nuestro artículo 213, ha calificado la intimacion agregándole la palabra *judicial*, para caracterizarla y distinguirla de otras intimaciones que pudieran efectuarse por medios extrajudiciales y á que se refieren los actos equivalentes, que indica como supletorios de la interpelacion judicial. Ha agregado tambien que el deudor puede caer en mora *por la naturaleza misma de la convencion*, admitiendo así la regla que no hay

necesidad de interpelacion, cuando el retardo equivale á una ejecucion total de la obligacion ; lo que sucede siempre que la obligacion no pueda cumplirse útilmente sino dentro de un plazo determinado que el deudor ha dejado pasar, sin llenar su compromiso (1) ó si la obligacion es de no hacer, porque entonces por el solo hecho de la contraccion, debe el deudor los daños y perjuicios (2), ó en fin, cuando la obligacion resulta de la ley, de la posesion de mala fe, ó de un delito.

Veamos, entretanto, cómo los escritores franceses explican y comentan las condiciones de la mora :

Rogron define la intimacion (*sommation*) diciendo que es un acto (escrito) que un ugier entrega al deudor en nombre del acreedor, exigiéndole el cumplimiento de sus obligaciones; y propone como ejemplos del *acto equivalente* á que el artículo se refiere, una demanda deducida por el acreedor ante el tribunal, á fin de obtener la ejecucion del contrato; ó una citacion entregada al deudor para comparecer á juicio de conciliacion.

Duranton (3), explica así la disposicion del artículo 1139 : «La intimacion de que habla, es la *interpelacion*, de que tan frecuente mencion hacen las leyes romanas. En general es un acto del ministerio de los ugieres. En cuanto á los actos equivalentes de que tambien habla este artículo, son las demandas ante la justicia, que producen generalmente mayor efecto que los actos extrajudiciales, tales como las intimaciones ; sin embargo, en ciertos casos, una citacion á juicio de conciliacion, seguida de una demanda ante la justicia

(1) Art. 218, segunda parte, del Código.
(2) Art. 217 del Código.
(3) Tomo V, núm. 441.

dentro del término de un mes de la no conciliacion, ó de la no comparecencia; una declaracion escrita del deudor por la que se reconozca en mora; y en fin cualquier otro acto propio á demostrar que está en retardo de ejecutar su compromiso. »

Demolombe distingue las tres especies de mora que se producen ya por voluntad de la ley, cuando ella atribuye al retardo en el cumplimiento ó á la inejecucion, en efecto; por la convencion, cuando expresamente se pacta que el vencimiento del término constituirá en mora al deudor, ó cuando de la naturaleza de la obligacion resulta que solo puede ser útilmente cumplida dentro de cierto plazo; y en fin, cuando es necesario que el acreedor haga conocer su voluntad al deudor de recibir el pago de la obligacion.

Mora, legal, convencional é interpelatoria, hé ahí los tres casos de responsabilidad del deudor por la tardanza en el cumplimiento de la obligacion.

En la última de estas especies de mora, que es tambien la mas general, la que forma la regla, ¿cómo debe hacer constar el acreedor su voluntad de exigir la ejecucion de su compromiso al deudor?

A esta pregunta responde el eminente jurisconsulto, comentando la disposicion legal. « Esta manifestacion debe hacerse ya sea por medio de *una intimacion,* ya sea por *otro acto equivalente.*

» Por *una intimacion,* es decir, por un acto extrajudicial, cuya forma bien simple basta, en efecto, para llenar el objeto que el acreedor se propone, á saber, *interpelar* al deudor.

» Ordinariamente, por un ugier se hacen tales intimaciones. Pero pueden tambien hacerse por un notario; porque no constituyen un acto de juicio sino de

ejecucion; no tienen mas objeto que constatar un hecho; y nuestro sabio cólega, M. Rodière, ha demostrado muy bien, en una disertacion, que la coleccion de M. Dalloz ha recogido, que los notarios han tenido siempre en el antiguo derecho, y que no han cesado de tenerlo, en el derecho nuevo, la capacidad de labrar esa especie de actos; así es cómo pueden hacer la notificacion de los actos respetuosos (solicitacion del consentimiento paterno en el matrimonio del menor); de la revocacion de una donacion entre vivos por supernacencia de hijo del donante; de los protestos de las oblaciones. Este último ejemplo prueba, sobre todo, nuestra hipótesis; porque teniendo la oblacion por efecto purgar la mora, parece lógico que el mismo oficial público que tiene calidad para hacer cesar la mora, la tenga para hacerla comenzar.

» Por otro *acto equivalente*, agrega el artículo 1139. De lo que debemos concluir que, en efecto, *un acto* es necesario, *un acto en buena forma*; es decir un *escrito*, INSTRUMENTUM.

» Una interpelacion verbal seria pues suficiente; y por amenazadora que pudiera ser, no constituiria en mora al deudor. El texto mismo de la ley se opone; y no sin razon ha considerado el legislador que el que se limita *á palabras*, no prueba suficientemente su voluntad seria y absoluta de exigir la ejecucion de la obligacion.

» Pero hé aquí, sin embargo, que el acreedor viene á decir que por la convencion verbal, que ha tenido lugar entre él y su deudor, el término ha sido prorogado, bajola expresa condicion de que la mora resultaria, despues del vencimiento, ya sea de una interpelacion verbal, ya tambien del solo vencimiento del término,

sin ninguna interpelacion. Y solicita demostrarlo por la prueba.

» Pensamos que debe admitírsele. No se trata ya de una simple *interpelacion*, emanada de la voluntad única del acreedor; se trata de una *convencion*, que es la obra comun de las voluntades del acreedor y del deudor; de una convencion, decimos, indivisible en todas las cláusulas que la componen, y que debe tambien poder ser probada, de una manera indivisible, segun el derecho comun, ya sea por escrito, ya por testigos, segun la importancia de la cosa que sea su objeto.

» Por otra parte, se debe considerar como *equivalente* de la intimacion todo acto, cuyo efecto seria interrumpir la prescripcion.

» ¡ Cómo, en efecto, un emplazamiento ó una citacion ante la justicia, no bastarian para constituir en mora al deudor, cuando una simple interpelacion extrajudicial basta! La mora en tal caso debe resultar *à fortiori;* porque ellos comprueban de una manera particularmente enérgica, y puede decirse, amenazadora, la voluntad del acreedor de obtener la ejecucion de la obligacion.

» Lo mismo debe decirse de una citacion á juicio de conciliacion ante la justicia de paz. ¿ Pero se requiere que esta citacion siga el emplazamiento ante la justicia ordinaria en el término de un mes, contado desde la no comparecencia ó de la no conciliacion? — Esta condicion es requerida para que la citacion á conciliacion interrumpa la prescripcion y haga correr los intereses. De lo que parece lógico concluir que ella es igualmente requerida para constituir la mora; y porque solo por su calidad de acto interruptor de la prescrip-

cion, consideramos que la citacion á conciliacion debe operar la mora, es preciso exigir que sea capaz de interrumpir la prescripcion.

» Se objeta que la citacion á conciliacion debe valer en todos casos, por lo menos como una intimacion, es verdad; pero como una intimacion *sui generis*, que tiene un carácter propio y efectos particulares que no pueden separarse.

» Agreguemos que el deudor, en presencia de la inaccion del acreedor, que no ha perseguido la citacion ante la justicia de paz por medio de la demanda, se halla autorizado á creer que ha renunciado á ella.

» La misma solucion seria aplicable, en nuestra opinion, al caso en que las partes hubieran comparecido voluntariamente en el juicio de conciliacion. No seria entonces razonable exigir una citacion que la buena voluntad de las partes ha hecho inútil. Y en caso de no conciliacion, de dos cosas, una : ó el acreedor entablará su demanda en el término de un mes, y la mora datará del dia de la comparecencia voluntaria; ó el acreedor no deducirá su demanda en ese plazo, y entonces no habrá incurrido en mora el deudor.

» Que la mora resulta del reconocimiento voluntario que de ella haga el deudor, es seguramente la consecuencia lógica y muy satisfactoria de nuestra regla; pues que el reconocimiento voluntario del deudor, es un acto que interrumpe la prescripcion.

» Hacemos únicamente dos observaciones á este respecto : la una de forma, la otra de fondo.

» En cuanto á la forma, la ley no ha sometido este reconocimiento á ninguna condicion especial : de donde se sigue que puede hacerse no solo por acto auténtico, sino tambien por documento privado, y aun por una

simple carta. ¿No podria ser simplemente verbal, salvo no admitir la prueba testimonal, sino en las condiciones determinadas por la ley para esa clase de prueba? — Tal es la opinion de Larombière; y puede decirse, en efecto, que se trata entonces, no de una intimacion emanada del acreedor, sino de un reconocimiento emanado del deudor. Por lo menos esta doctrina deberia admitirse en el caso en que el reconocimiento del deudor, presentara los caractéres de una nueva convencion estipulada entre ellos.

» En cuanto al fondo, es indispensable que el deudor al reconocer su mora, se considere bien y debidamente interpelado, de manera que el acreedor no tenga que hacer ninguna demostracion. No bastaria, en efecto, que se limitara á reconocer su mora, sea excusándose ante el acreedor, sea pidiéndole un nuevo plazo. Un reconocimiento en esos términos, no implicaria necesariamente que el acreedor se someta, por un propia voluntad, á las consecuencias de la mora, y que se obliga á pagar daños é intereses al acreedor; por lo menos, seria una cuestion de interpretacion que podria ser resuelta en ese sentido; é importa desde luego al acreedor no dar lugar á equívocos en los términos de reconocimiento. »

No debemos aumentar las citas, porque todos los escritores franceses, que al explicar el acto equivalente de la intimacion capaz de producir la mora, partian de la base establecida por la antigua jurisprudencia, que no bastaba la interpelacion verbal y que era necesario un documento, un escrito, están conformes en atribuir los mismos efectos al documento privado, al reconocimiento extrajudicial, que á la intimacion practicada por un oficial de justicia.

Veamos ahora la doctrina comercial, que ha servido de fuente á nuestra legislacion en esta materia y que, desde los tiempos mas remotos, consagra la mayor facilidad en las transacciones, y la verdad y la buena fe dominando siempre todas las relaciones jurídicas que resultan de las negociaciones de comercio.

Massé, explica la doctrina, recordando las antiguas soluciones de los Doctores é invocando la jurisprudencia de los tribunales, que han creado, por decirlo así, el conjunto de principios y de reglas que constituyen al derecho comercial. Se expresa en los términos siguientes :

« De que el artículo 1139 exige una intimacion ú otro acto equivalente, es preciso concluir que la mora puede resultar, no solo de una intimacion propiamente dicha, es decir de un acto emanado de un oficial público, y teniendo un carácter auténtico, sino de un simple acto privado, que haya hecho conocer al deudor la intencion formal del acreedor de conseguir sin tardanza la entrega de la cosa. Por eso todos los antiguos doctores en derecho comercial deciden que no es necesario, para constituir la mora, que la interpelacion sea *judicial;* y que basta una interpelacion *extrajudicial: quod sufficiat interpellatio extrajudicialis ad constituendum debitorem in mora* (1). Y á esta expresion extrajudicial, no es preciso atribuirle aquí el sentido que tiene en el lenguaje del procedimiento, que da esta calificacion á los actos notificados por ugier fuera de una instancia. Se debe entender por esto un acto privado, á cuya validez y esencia no concurren ninguna de las formalidades intrínsecas ó extrínsecas

(1) Casaregis, *Disc.* 5ª, núm. 6 y 7

de las notificaciones ó de los actos del ministerio de un ugier ó de cualquier otro oficial público (1).

» De esto sè deduce que un deudor puede ser válidamente declarado en mora por una carta de su acreedor interpelándolo de entregarle la cosa debida (2). Pero no pienso, en contra de la opinion del señor Pardessus (3), que el mismo deudor puede constituirse en mora, por la carta escrita al acreedor reconociendo que le debe. La carta prueba la deuda, y nada mas. Y un deudor no está en mora de pagar por el solo hecho de deber. *Repugnat*, decia muy bien Scaccia (4), *ut quis eodem tempore seu momento obligetur et constituatur in morâ, seu contrahatur obligatio et mora* (5). Es preciso á mas un acto ó un hecho que le interpele de pagar ó de entregar; y como no puede interpelarse él mismo, es claro que la mora por carta no puede resultar únicamente de una carta del deudor. Sin embargo, la carta por la cual el deudor acusara recepcion de la que lo interpela, y aun la carta por la cual se reconociera debidamente advertido de entregar á consecuencia de una simple comunicacion escrita ó verbal que le hubiera sido hecha, bastarian para constituirlo en mora. Así entendido, y con estos límites, adopto el parecer del señor Pardessus. Este efecto de las cartas respectivamente escritas, está muy bien explicada en la Rota de Génova (6).

(1) *Rota de Genova*, decis. 175, núm. 14; Toullier, tomo VI, núm. 253.
(2) *Rota de Génova*, *ibid*, núm. 15 y 16, y decis. 24, núm. 8.
(3) Tomo I, núm. 255.
(4) *De com. et camb.*, § 1°, quæst. 1°, núm. 386.
(5) *Ibid.*
(6) *Et quod talibus temporibus fueret in morâ constitutus apparet ex litteris aliquibus dicti Augustini* (el acreedor) *ad dictum Christophorum* (el deudor) *scriptis, et etiam ex litteris dicti Christophori responsivis, et maximè ex scriptis per Augustium in quibus apparet de dictâ interpellatione, quas negare non potest Christophorus habuisse cum eis responsum præbeat per alias...* (Decis. 175, núm. 15.)

» 1638. Dedúcese de esto que una interpelacion verbal puede bastar, cuando, en un acto emanado del deudor, por ejemplo en una carta, este reconoce el hecho de la interpelacion y de la mora. Suponiendo en efecto, que el artículo 1139 exige un acto escrito para constituir en mora al deudor retardatario, es evidente que el deudor podria renunciar á una formalidad establecida en su favor, y reconocerse suficientemente interpelado por una simple declaracion verbal.

» Pero cuando la interpelacion verbal no es establecida por un acto emanado del deudor al cual es dirigida, ¿ puede el acreedor probarla de otra manera que por escrito, es decir por presuncion ó por testigos? En derecho civil, no es dudosa la negativa. El artículo 1139 es preciso en el punto, en esto no hace mas que reproducir los antiguos principios del derecho francés (1).

» Mas, no es así en derecho comercial, y la cuestion era resuelta afirmativamente por Casaregis, á quien parecia no ser dudosa : *Cum sufficiat de jure ad effectum constituendi debitorem in mora quæcumque interpellatio, non solum extrajudicialis, sed etiam ea quomodo cumque secuta, licet per præsumptiones et verisimilitudines probata fuerit, dummodo in substantia aliquo modo debitor scire vel intelligere potuerit creditor is voluntatem esse, ne sibi solutio per debitorem differatur* (2). Tal era tambien la opinion del cardenal de Luca (3), quien atestigua que la Rota romana se habia pronunciado varias veces en el mismo sentido (4). Y Scaccia antes que ellos, invocando tam-

(1) TOULLIER, tomo VI, núm. 253; DANTY, cap. x.
(2) *Disc.* 41, núm. 29 y siguientes; y *Disc.* 50, núm. 38.
(3) *De usur.*, *disc.* 34, núm. 10; y *disc.* 35, núm. 18.
(4) *Ibid.*, decis. 9ª, núm. 2, 3 y 4.

bien autoridades anteriores, no habia titubeado en decir, que si era necesaria una interpelacion, podia ser probada su existencia, sea por un acto escrito, sea por testigos : *Non solum est necessaria interpellatio, sed est necessaria notificatio per instrumentum, vel saltem per testes* (1).

» Podemos pues tener por cierto que, en el antiguo derecho comercial italiano, la interpelacion necesaria para constituir la mora podia ser probada, á falta de un acto escrito, por testigos ó por presunciones.

» El antiguo derecho comercial francés no ofrece enseñanza alguna sobre este punto; y de todos los autores anteriores al Código de comercio, uno solo, á mi entender, se explica sobre la mora en materias de obligaciones comerciales : Rogue. El deudor, dice, cae en mora por un mandamiento, cuando el título es ejecutivo, ó por una citacion, cuando el título no es ejecutivo (2). Pero me parece resultar de las hipótesis en las cuales se coloca, que decide la cuestion por aplicacion de los principios generales del derecho civil, mas bien que por aplicacion de los principios particulares del derecho comercial. Supone en efecto que hay siempre un título ejecutivo, mientras que casi siempre, en los contratos comerciales que tienen por objeto una cosa á entregar, no hay ni título, ni acto escrito, sino una simple convencion verbal. Ahora bien, cuando la convencion principal puede ser probada por testigos, como lo veremos mas adelante, no veo razon alguna que impida probar por testigos ó por presunciones los hechos que son la consecuencia de esta convencion.

(1) *De com. et camb.*, § 1°, quæst. 1°, núm. 385.
(2) *Jurispr. consul.*, tomo I, pág. 287.

Para rechazar, cuando se trata de mora, la aplicacion de los principios que son de derecho comun en materia comercial sobre la admisibilidad de la prueba testimonial, seria preciso encontrar en el mismo derecho comercial una disposicion formalmente derogatoria de estos principios; porque el artículo 1139 del Código Napoleon, considerado como exclusivo de la prueba testimonial ó de las presunciones en materia de la mora, disponiendo en un órden de ideas particular al derecho civil, no puede tener, en este punto, ninguna autoridad en el derecho comercial que es regido, en lo que toca á la admisibilidad de la prueba testimonial y de las presunciones, por principios del todo diferentes. Pienso, pues, que el hecho de la interpretacion constitutiva de la mora, puede ser probado por testigos ó por presunciones.

» 1639. La prueba de la mora, segun Scaccia, puede tambien resultar del juramento (1).

» 1640. Es necesario, por lo demás, observar, en lo que toca á los efectos de la interpelacion judicial ó extrajudicial, que no constituye al deudor en mora, sino en tanto que no obedece á la intimacion que se le hace, poniéndose en aptitud de efectuar la entrega. La interpelacion no lo constituye, pues, en mora en el instante mismo, sino solamente cuando, desde la interpelacion, ha trascurrido un plazo moralmente suficiente para que haya podido cumplir su obligacion; este plazo debe ser mas ó menos largo, segun las circunstancias de tiempo y de lugar. Segun Casaregis, puede ser de tres y hasta de diez dias : *tempus modicum trium vel decem dierum intra quos debitor non*

(1) *De com. et camb.*, § 1, quæst. 1ª, núm. 387.

dicitur in mora (1). En caso de contestacion, á los jueces toca pronunciar. »

Massé critica la opinion de Pardessus, negando á la carta escrita por el deudor al acreedor el efecto de constituirlo en mora. La crítica nos parece un tanto ligera, si se consideran con atencion los términos en que el eminente tratadista de derecho comercial enuncia la proposicion que Massé combate. Trascribiremos en seguida el párrafo á que este último escritor alude; pero podemos avanzar desde luego que en los términos en que está concebida cada una de esas opiniones, las dos nos parecen exactas en la solucion que adoptan, sin que la una sea en el fondo contradictoria de la otra.

Massé sostiene que no es exacta la opinion de Pardessus, segun la cual un deudor pueda por sí mismo constituirse en mora por la carta que escriba á su acreedor *reconociendo que debe*; porque la carta no prueba mas que la deuda, y como la mora no resulta necesariamente de la existencia de la obligacion, es necesario un acto ó un hecho que manifieste la voluntad del acreedor de exigir su cumplimiento, hecho y acto que no puede resultar de la carta del deudor. Nada habria que objetar á la proposicion ni á la demostracion, si fuera exacto que Pardessus se refiriera en el párrafo que contiene la idea que se le critica á carta del deudor en que reconociera la deuda; y no como lo es en realidad á una carta del deudor en que reconoce la obligacion de entregar y se da por prevenido de la exigencia del acreedor.

« 255. La carta de un comerciante no solamente lo obliga, sino que lo interpela, en cierta manera, de

(1) *Disc.* 161, núm. 32.

satisfacer la obligacion que reconoce, y lo constituye en mora. Así, aunque hayamos dicho, número 245, que en el caso en que la ley impone la necesidad de ciertos actos, una carta no seria el equivalente de ellos, aquel respecto al cual hubiera debido hacerse un acto de esta clase puede declarar, por correspondencia, que dispensa de toda formalidad, y que se considera debidamente advertido » (1).

Como se ve, el sabio autor se refiere en la última parte del párrafo trascripto á la confesion del deudor de hallarse en retardo de cumplir su obligacion, surtiendo los mismos efectos en tal caso que una interpelacion positivamente dirigida por el acreedor, cuyas formalidades excusa ó dispensa la confesion del deudor.

En otra parte el mismo escritor refiriéndose á los medios por que se constituye en mora al deudor dice textualmente:

« Ordinariamente, el deudor debe ser constituido en mora por la interpelacion que un oficial público competente notifica á su persona, á sus representantes legales, ó á su domicilio. Tambien puede hacerse la interpelacion por cualquier otro medio equivalente, y aun ser presumida por indicios que tendieran á hacer conocer que el deudor ha sido instruido de la requisicion del acreedor, á menos que la ley haya exigido expresamente ciertos actos. En este caso, como en muchos otros, el deudor podria sostener que el acreedor lo emplaza injustamente; que este no se ha presentado para demandar y obtener su pago, y que los gastos del juicio deben recaer sobre él. Esta excepcion es evidentemente admisible; las circunstancias solas, las

(1) PARDESSUS, *Cours de droit comm.*, parte segunda, tít. 3°, cap. v.

pruebas testimoniales, las presunciones, con frecuencia hasta el juramento, podrian bastar por sí solas para fallar» (1).

Tal es la doctrina de derecho comercial, mas conforme á la verdad de las cosas y á las necesidades del comercio, que como una condicion indispensable de su progreso y desenvolvimiento, requiere la celeridad en sus operaciones, la buena fe en sus relaciones, la exactitud en sus compromisos.

Someter las relaciones comerciales á la cautelosa y pesada marcha de las formas, es llevar la prudencia en la lentitud hasta la inaccion; la seguridad hasta la desconfianza; la comprobacion hasta la imposibilidad; porque el comercio vive de la celeridad, se apoya en la confianza y la buena fe; y necesita del peligro y aun de la incertidumbre del cálculo para progresar.

A verdad sabida y buena fe guardada, deben, por un principio que les es propio, ser resueltas todas sus dificultades, todas las cuestiones que promueva el conflicto de sus relaciones; y cuando no hay expresada en la ley, una forma determinada, ó una especie de actos que puedan únicamente considerarse como equivalentes de la interpelacion judicial, debemos admitir con la doctrina jurídica, con nuestros antecedentes legislativos, con los principios propios de la materia y con las mismas indicaciones de la razon, que todo acto extrajudicial que lleve al conocimiento del deudor, la manifestacion de voluntad del acreedor de exigir el cumplimiento de la obligacion, es equivalente de la interpelacion judicial, con tal que pueda probarse, con arreglo á la ley.

(1) Pardessus, lugar citado, § 188.

El objeto de la interpelacion queda así plenamente cumplido; y el temor de una injusticia en la aplicacion de las responsabilidades que induce la mora, desaparece cuando se considera que el deudor sabia, ó debia saber, la época del cumplimiento y prepararse para el pago, sin que tenga necesidad de una fórmula solemne para convencerse del ejercicio del derecho del acreedor, cuya existencia no podia ignorar y cuya accion debia esperar.

Creemos por eso que la buena doctrina ha de sobreponerse á las conclusiones jurídicas de las sentencias de segunda y tercera instancia que criticamos, y que la jurisprudencia no ha de confirmar esas conclusiones.

XI

FIANZA POR AVAL

EN LOS

PAGARÉS A LA ÓRDEN

¿La obligacion de pagar al vencimiento del plazo el valor de un pagaré á la órden, en defecto del principal obligado, importa un aval?

Hé ahí una question bien sencilla, cuya solucion no puede ofrecer dificultad ni duda alguna, y que la misma ley se ha encargado de expresar en términos tan concluyentes, como explícitos. En efecto, « el aval, dice el artículo 855 del Código, es la obligacion escrita que toma un tercero de garantir á su vencimiento el pago de una letra de cambio» : y como las mismas reglas y principios rigen á los vales, billetes ó pagarés que siendo concebidos *á la órden* son papeles de comercio y considerados como letras de cambio (1), la afirmativa, en la cuestion propuesta, es indudable.

(1) Art. 916 y 917 del Código.

En dos casos ocurrentes, sin embargo, esa cuestion ha sido resuelta por los tribunales en diverso sentido, lo que da á este asunto cierta particularidad que provoca el interés y excita el estudio. Quizá aquel raciocinio no es mas que de una exactitud aparente; quizá tambien los hechos, en cada caso, han influido á tal punto sobre el aspecto de derecho que presenta la cuestion, que partiendo de la misma base, tenga que adoptarse una solucion diferente.

Daremos cuenta de las dos causas, para apreciar en seguida la verdad y justicia de la aplicacion del derecho que cada una ha recibido.

I

D. B. I.... se presenta al juzgado de comercio pidiendo el reconocimiento de la firma que suscribe la garantía en el documento que acompaña, para deducir en seguida y en la forma conveniente, la accion á que hubiera lugar. El documento se hallaba concebido en los términos siguientes :

A los seis meses fijos de la fecha, pagaré al señor D. B. I..., ó á su órden la cantidad de cien onzas de oro selladas, valor recibido; dando en garantía al señor D. E. A...

A. G...

Como garantía del señor D. A. G..., me comprometo á pagar la expresada suma, si dicho señor no lo efectuara á su vencimiento.

E. A...

Fundándose el tenedor en el reconocimiento que obtuvo de la firma del fiador, y en que el deudor principal se hallaba concursado desde antes del vencimiento de la obligacion, lo que lo excusa de hacer la interpelacion judicial requerida por el artículo 611 del Código de comercio; y estando, por otra parte, dispuesto en ese artículo que, « el fiador ó fiadores responden solidariamente, como el deudor principal, sin poder invocar el beneficio de exclusion ni el de division, que nunca se admiten en materia comercial », pide al juzgado que mande pagar al fiador dentro de tercero dia, la suma indicada en el documento con las costas é intereses.

Librado el auto de solvendo que el juez proveyó á esta demanda ejecutiva, y notificado el fiador, pide este quede ese auto sin efecto, declarándose caducas sus obligaciones, y ordenando el juzgado que I... acuda al concurso de G... á deducir las acciones á que crea tener derecho, interponiendo, en caso contrario, el recurso de apelacion para ante el Superior Tribunal.

Para justificar esta peticion sostiene : 1° Que habiendo exigido y recibido el demandante la suma de cien pesos fuertes antes del vencimiento del pagaré, habia abierto en sus libros una cuenta corriente al deudor, en la cual hacia figurar como débito 1,600 fuertes ó sea cien onzas de oro, y como haber los cien fuertes recibidos. Desde luego este hecho importa una verdadera novacion, en virtud de la cual, por convenio entre acreedor y deudor, la obligacion primitiva del pagaré quedó extinguida, para ser sustituida por otra resultante de la cuenta corriente; 2° Que la interpelacion al deudor principal ha debido tener lugar de todos modos, debiendo haberse hecho efectiva en el concurso, ó en los síndicos, que representan, despues de la quiebra, los

derechos y obligaciones del deudor; 3° Que expresando la demanda como suma debida, las cien onzas de oro que constan del pagaré, y constando que á cuenta de esa suma habia recibido cien pesos fuertes antes del vencimiento, se habia pedido mas de lo que naturalmente se debia, por lo que era aplicable al demandante la pena que fulmina para ese caso la ley 44, título 2°, partida 3ª; 4° En fin, que si el juez fija su atencion en el pagaré presentado, verá al instante que no ha sido protestado; y la falta de esta formalidad, corrobora la justicia de su peticion, relativamente á la caducidad de las obligaciones del garante.

Conferido *traslado sin perjuicio* al ejecutante, evacuándolo pide este que se deseche la peticion contraria, y estando vencido el término *de solvendo*, se libre mandamiento de ejecucion y embargo. Se apoya en razones de procedimiento, y entra en seguida á refutar los fundamentos aducidos por el ejecutado.

En cuanto al primer punto dice que el señor A... ha olvidado, sin duda que, disponiendo el artículo 7° de la ley de 27 de octubre de 1860, que « del auto que negase la ejecucion podrá pedirse revocatoria, ó interponerse apelacion dentro del tercero dia », dispone virtualmente que no podrá intentarse uno ni otro recurso del auto que la conceda. Ha olvidado que el artículo 22 señala la época en que puede el ejecutado oponer sus excepciones, y que esa época no llega hasta que, verificado el embargo, se le cita de remate. Ha olvidado, en fin, que el artículo 52 dispone que « solo son apelables en el juicio ejecutivo los autos que se declaran tales en la misma ley », y que ningun artículo declara apelable el auto de solvendo.

Oponiéndose á los fundamentos aducidos de contra-

rio, dice respecto del primero, que no ha recibido cantidad alguna á cuenta de la deuda de que A... era fiador. Ha comprado en la casa de G... y con entera prescindencia de esa deuda, mercaderías por valor de cien pesos fuertes que ha anotado en cuenta corriente, como crédito á favor de G... y de los cuales es hoy deudor á su concurso. No sabe cómo haya anotado G... las partidas relativas en sus libros y en el estado presentado al tribunal; pero de todas maneras, esas partidas y asientos no pueden variar el carácter de las obligaciones existentes, como no podrian chancelarlas, si le hubiera ocurrido anotar pagos que no hubiera verificado. La compra verificada en la casa de G... no es una novacion : es un contrato independiente que no basta para suponer la novacion, porque « la novacion no se presume; es necesario que la voluntad de verificarla resulte claramente del acto, por la incompatibilidad de las obligaciones » (1); y á nadie puede ocurrir que la compra realizada en casa de G..., es incompatible con la existencia de la obligacion escrita de que A... se constituyó fiador.

En cuanto al segundo argumento, que consiste en la falta de la interpelacion requerida por el artículo 611 del Código, dice que, siendo notoria la declaracion judicial de la quiebra del deudor, esa interpelacion era inútil, en cuanto á él, que estaba de derecho separado, desde el dia de la declaracion de la quiebra, de la administracion de sus bienes (2), é inútil tambien, respecto de los síndicos, que no pueden hacer pagos especiales á un acreedor personal. La interpelacion quedaba, pues, forzosamente suprimida. El derecho que con-

(1) Art. 983 del Código.
(2) Art. 1533 del Código.

serva el fiador de un deudor que ha quebrado, es el de gozar de todo el plazo estipulado en el contrato para el cumplimiento de la obligacion (1), y ese derecho ha sido respetado porque la demanda no se ha instaurado contra A..., sino despues de vencido el término de la obligacion que fió.

El tercer fundamento, expuesto en la demanda, se encuentra destruido por las explicaciones precedentes. El demandante es acreedor de mil seiscientos pesos y deudor de cien, mas ó menos : cobra su crédito y se halla pronto á pagar su deuda; pero no puede oponérsele la compensacion, porque no podria ella operarse hasta la concurrencia de ambos créditos y su diferente naturaleza hace imposible esa concurrencia.

En fin, respecto del cuarto fundamento, la falta de protesto, dice que tendria significacion, si la obligacion de A... proviniese del giro ó del endoso de una letra de cambio, pero proviniendo de una fianza, el protesto, en este género de obligaciones, es innecesario.

El juez dictó la siguiente resolucion :

Buenos Aires, 3 de junio de 1865.

Y vistos: — Considerando, que la formalidad requerida por el artículo 611 del Código no podia exigirse en el presente caso; en cuanto al fallido, porque desde la declaracion de su quiebra quedó separado de la administracion de sus bienes (art. 1533 del Código); y en cuanto á los síndicos, porque es bien sabido que carecian de derecho para chancelar este crédito, desde que el juicio de quiebra tiene fijado á este efecto su época determinada: — estando vencida la obligacion que se ejecuta y siendo solidaria respecto del fiador, se comprende entonces que lo ex-

(1) Art. 1548 del Código.

puesto bastaba para que el juzgado dictara las providencias que han motivado los recursos deducidos por A..., á los que, en su consecuencia, no ha lugar, con costas; sin perjuicio de que á su tiempo sean consideradas las excepciones legales que creyere conveniente deducir contra esta ejecucion.

BARRA.

El señor A.... interpuso recurso directo de apelacion ante el tribunal, del precedente auto; pero la Sala de lo civil desechó el recurso, devolviendo el expediente al juez inferior para que llevara adelante sus providencias. La causa siguió su curso ordinario hasta la citacion de remate, en cuya oportunidad expuso el ejecutado las excepciones de falsedad é inhabilidad del título, fundándose en los motivos ya deducidos y en las disposiciones de los artículos 859, 890, 900 y 917 del Código de comercio.

El ejecutante contesta el traslado haciendo notar que los artículos citados son impertinentes á la cuestion actual. Ellos requieren *el protesto*, aun en caso de fallecimiento ó de quiebra de la persona á cuyo cargo está girada una letra, para salvar la accion del tenedor contra el girante, los endosantes, ó el firmante del aval; y declaran aplicables á los vales, billetes ó pagarés las disposiciones referentes á las letras de cambio. Pero A... no es girante, endosante, ni firmante de aval; es fiador y no citará disposicion alguna que haga depender del protesto la accion contra el fiador: él mismo ha establecido el verdadero carácter legal de su obligacion, reconociendo á foja 1 *su firma puesta como fiador en el documento*, y á foja 5, quejándose de que se hubiera omitido la interpelacion al deudor, segun lo dis-

puesto en el artículo 611 del Código. Como fiador, en fin, lo ha considerado el auto de foja 10, que habiendo sido confirmado, reviste el carácter de la cosa juzgada y deja definitivamente su calidad de fiador. Pide, en consecuencia, se declaren mal fundadas las excepciones opuestas, llevándose adelante la ejecucion hasta pagarse con el producto del bien raíz embargado el capital adeudado, intereses, costos y costas.

El juez pronunció la siguiente sentencia :

Y vistos : — Considerando que la excepcion de falsedad se ha deducido sin razon justificada, puesto que no puede ser falso el título que motiva esta ejecucion, desde que ha sido expresamente reconocido por A...; no se comprende, por consiguiente, despues de tal reconocimiento, una excepcion, como la de falsedad, que ataca la existencia de la obligacion : — Que la otra excepcion de inhabilidad no tiene tampoco razon de ser, desde que, basada en la falta de protesto, no son aplicables los artículos 859, 890, 900 y 917 del Código de comercio, por cuanto la obligacion de A... no emana del giro ó del endoso de una letra de cambio : fiador simplemente, su obligacion no depende en manera alguna del protesto, porque esta diligencia solo es necesaria para salvar la accion del tenedor contra el girante, endosantes, etc. — Siendo infundada la oposicion, mando se lleve adelante la ejecucion hasta hacerse trance y remate del bien embargado, y con su producto, efectivo pago de lo que corresponda por razon de capital, intereses y costas.

JUAN E. BARRA.

De esta sentencia interpone el ejecutado apelacion fundándola en los motivos principales. El uno de procedimiento, porque á su juicio, deducida la excepcion

de falsedad é inhabilidad del título en que se basaba la ejecucion, el juez se encuentra obligado por la ley á recibir la causa á prueba, segun la terminante disposicion de la ley en el artículo 23. Ese artículo dice, que en seguida de evacuado el traslado del escrito en que se haya opuesto la excepcion *se recibirá la causa á prueba por diez dias;* de suerte que el procedimiento ha violado la disposicion de la ley, negándole el derecho de probar la verdad de la excepcion, y dictándose la sentencia antes de conocerse si hay, ó no, razones que justifiquen la excepcion que se desechó. « La excep-
» cion, dice la sentencia, se ha deducido sin razon jus-
» tificada, puesto que no puede ser falso el documento
» que motiva esta excepcion, desde que ha sido expre-
» samente reconocido por A... y no se comprende, des-
» pues del reconocimiento, una excepcion que, como la
» de falsedad, ataca la existencia de la obligacion » : razonamiento falso en el antecedente y en el motivo en que se apoya, así como en la consecuencia que se deduce, porque, en primer lugar, *la razon justificada* no podia el juez conocerla sino despues de la prueba que no ha permitido producir; y en segundo lugar, es inexacto que no pueda ser falso el documento despues del reconocimiento que de su firma ha hecho el fiador, porque nada impide que el documento sea simulado y la fianza verdadera, como no es imposible ni extraordinario que exista una obligacion nula ó ineficaz garantida por una obligacion accesoria verdadera y legítima. Si existiera la simulacion en el presente caso y el fiador la hubiera sabido despues, ¿no seria legítima la excepcion y no atacaria ella la existencia misma del documento, á pesar de haberse reconocido la firma del fiador y la verdad de la obligacion que suscribió ?

El otro motivo se basa en la falsa apreciacion que hace la sentencia de la obligacion, suponiendo que es una simple fianza, « porque no emana del giro ó del » endoso de una letra de cambio, y la cual no depende » en manera alguna del protesto, porque esta diligen- » cia solo es necesaria para salvar la accion del tene- » dor contra el girante, endosante, etc. » Hace notar que su obligacion consiste en garantir el pago del pagaré firmado por D. A. G..., á su vencimiento ; que tal compromiso, nadie puede dudarlo, importa un verdadero aval, ajustado á los términos del artículo 855 del Código de comercio ; y que precisamente porque es extraño al giro ó al endoso del pagaré, es que ha podido suscribir y ha contraido la garantía que importa un aval, de otra manera imposible.

El aval es la caucion ó fianza prestada por un extraño al giro ó al endoso de una letra, garantiendo su pago, y no puede negarse el carácter de la obligacion, ni por lo tanto, la perfecta aplicabilidad de los artículos citados del Código : del 917, porque siendo un billete, ó pagaré *á la órden*, el firmado por G..., queda sujeto á todas las disposiciones referentes á las letras de cambio, del 859, porque segun la disposicion que contiene, I... ha debido protestar el pagaré, por falta de pago á su vencimiento, y dirigirse contra el firmante del aval, dentro de los términos prescriptos por el artículo 840, *so pena de perder su accion ;* del 900, porque el estado de quiebra no dispensaba á I... de formular el correspondiente protesto.

Concedida la apelacion en relacion, el tribunal re-resolvió :

Señores : — *Carrasco*, *Pica*, *Salas*, *Cárcova*.

Vistos : — Por sus fundamentos se confirma con costas la sentencia apelada de foja veinte y cuatro ; y satisfechos devuélvanse.

II

Resuelta de esa manera la cuestion en el juicio ejecutivo y una vez terminado este, A... promovió el juicio ordinario y entabló demanda para el recobro de la cantidad que habia entregado al ejecutante, fundando su accion en la inhabilidad del título con el cual se le habia compelido al pago, por la falta de protesto ; y en la certidumbre que tenia de su falsedad, por hechos que ofrecia probar y que demostrarian que no existió una obligacion real entre G... é I...

Dejando á un lado la discusion sobre la falsedad de la obligacion, que no induce cuestion alguna de derecho, debemos solo decir respecto de la inhabilidad del titulo, que A... no hizo mas que desarrollar los argumentos que adujo en el juicio ejecutivo, á los cuales opuso I... una teoría, completamente falsa á nuestro juicio, y que ha sido desestimada en las sentencias. Segun esa teoría, siendo aval, « la obligacion escrita » que toma un tercero de garantir á su vencimiento el » pago *de una letra de cambio*(1) », solo en esta clase de

(1) Art. 855 del Código.

documentos puede existir útilmente; y como el documento firmado por G... no es evidentemente una letra de cambio, con la cual jamás podria confundirse, la obligacion de A... no es un aval; porque un pagaré ó billete á la órden no es susceptible de ser garantido por aval, sino por una fianza ordinaria. Nos parece excusado demostrar que debiendo sujetarse los vales, billetes y pagarés á las disposiciones referentes á las letras de cambio, en cuanto les son aplicables (1), porque estando concebidos *á la órden* son considerados como papeles de comercio (2), no puede dudarse que son perfectamente aplicables á esos documentos las disposiciones que se refieren al endoso, al protesto por falta de pago, al aval que lo garante, á la intervencion en el pago y á las garantías y formalidades con que la ley favorece su cumplimiento, aunque no tengan la misma forma, ni los mismos requisitos, ni intervengan las mismas personas, que se exigen en la letra de cambio, por cuya razon no son aplicables las disposiciones referentes á la aceptacion y á la provision de fondos.

Hé aquí la sentencia recaida en primera instancia:

Y vistos los autos seguidos por D. E. A... contra D. B. I... en virtud de la demanda iniciada para ser reintegrado del abonado por la razon de la sentencia de remate f. 24, alegándose por parte del actor que el título que sirvió de base á la ejecucion es inhábil, por cuanto no habiéndose protestado el pagaré, f. 2, quedó este perjudicado y por desobligado él del compromiso contraido por el aval, con arreglo á los artículos 859 y 890 del Código de comercio (pues sostiene que no es una fianza ordinaria, sino un aval el que dió al garantir el citado pagaré); ale-

(1) Art. 917 del Código.
(2) Art. 916 del Código.

gándose además que el pagaré, f. 2, es falso, porque I... no habia hecho efectiva entrega á G... de las cien onzas de oro que se dicen dadas en préstamo.

Y considerando: — Que una letra de cambio ó pagaré á la órden, puede ser garantido por aval, ó bien por fianza ordinaria ó comun, consintiendo la principal diferencia entre estas dos clases de garantía, en que por la primera se establece la solaridad entre el que da el aval y los demás obligados en la letra, mientras que por la segunda tan solo se establece entre el fiador y aquel por quien se dió el afianzamiento (1). —Que no siendo necesaria una forma ó solemnidad especial para el aval, surge á veces la duda, como en el presente caso, sobre si la garantía ha sido dada como tal aval, ó por vía de fianza; y entonces debe decidirse segun la naturaleza de la negociacion y de las causas que la determinaron; siendo de notarse que cuando la garantía es dada en favor del deudor toma el carácter de la fianza ordinaria (2). —Que se trata en esta causa de la garantía de un billete de plaza y no de una letra en forma, declarándose expresamente que esa garantía es dada en favor del deudor (como garante del señor D. A. G..., se dice á foja 2); y desde que no habia otro objeto que asegurar el pago por parte del deudor, esto no importa otra cosa que un afianzamiento ordinario, pues ni motivo habia para el aval no existiendo otros obligados al pago entre quienes se estableciera la solaridad del deudor del aval, segun lo dicho arriba; y además A... al practicar el reconocimiento de foja 1 vuelta declara haber firmado como fiador; así lo sostiene en sus escritos subsiguientes invocando el derecho que le acuerda el artículo 611 del Código; así se resolvió por los autos foja 10 vuelta y foja 24, confirmados á foja 15 vuelta y foja 38; y por lo tanto no puede ser cuestionado cuál es el carácter de la garantía dada por A...; — Y siendo ella una fianza ordinaria, dada á favor del deudor, no es por lo mismo aplicable la disposicion del artículo 859 invocado; y tratándose de un pagaré, la falta de protesto no hace caducar la obligacion del único obligado al pago ni tampoco la de su fiador, los artículos 843 y 890 del Código previenen que la falta de protesto de una letra de cambio hace perder toda accion

(1) Massé, tomo IV, pág. 517, num. 2703.
(2) Pardessus, tomo I, pág. 490, núm. 397.

contra los endosantes, pero no contra el librador ó aceptante en su caso, porque son los principales deudores; y por lo tanto, en un pagaré, en que no existe sino el único obligado, que es el deudor que lo firma, no se extingue la obligacion de pagar por falta de protesto; y no extinguiéndose la obligacion del deudor principal no termina tampoco la de su fiador.

Considerando, respecto de la excepcion de falsedad: Que la única prueba producida sobre ella por el actor, son las posiciones foja 70 y la compulsa foja 87, de cuyas piezas no resulta justificada la falsedad alegada, ni que el préstamo de las cien onzas de oro, no se hubiese hecho en efectivo por I...; pues aunque no exista anotacion alguna en los libros del demandado sobre el préstamo referido, las explicaciones dadas al respecto por I... y su tenedor de libros, se hallan comprobadas por estos mismos segun se expresa en la citada compulsa. El giro sobre el banco Mauá por las *cien onzas* consta del débito de la caja: en la fecha en que A... hizo el abono (como lo verificare en moneda corriente) figura una operacion de cambio por las mismas *cien onzas de oro*, como si se hubiese vendido esa suma de metálico existente; y de cierto, que no podria hacerse aparecer en esa forma el abono de las cien onzas, sino se hubiera considerado el pagaré como dinero existente en caja, como lo asegura I... Se halla, además, asentado en todos los libros el descuento correspondiente á las cien onzas en la misma fecha en que se hizo el abono. El actor ha aceptado la prueba de los libros y segun el artículo 76 del Código debe aceptarla en todas sus partes y estar por las resultas combinadas que presenten todos los asientos relativos al punto cuestionado. Por otra parte, la verdad de la obligacion foja 2 está plenamente probada por el reconocimiento del deudor G... foja 92, por el mismo A... foja 1, y por el doctor D. A. S... foja 96, refiriéndose á lo que oyó sobre el particular á G.., I... y A.., por acuerdo comun de quienes quedó depositado el pagaré foja 2 en su poder. No puede, por lo tanto, alegarse la falsedad de este documento.

Por estos fundamentos y con arreglo á la ley 1ª, título 11, partida 3ª, fallamos absolviendo de la demanda á D. B. I... sin especial condenacion en costas.

TOMAS ISLA. — JACINTO CARDENAS.

Apelada esta sentencia por A..., y habiéndose adherido al recurso interpuesto la parte de I... por la falta de una especial condenacion en costas que creia de justicia, fueron elevados los autos al tribunal en la Sala de lo civil, y despues de expresados los agravios por una y otra parte, sin que nada se adelantara sobre el fondo de la cuestion en esos escritos, el tribunal dictó la sentencia que va á leerse, habiendo tenido á la vista un expediente sobre caso idéntico, por peticion del abogado de A..., formulada en el informe *in voce:*

Señores: — *Carrasco, Pica, Salas, Alsina.*

Vistos nuevamente: — Resultando que en los autos traidos á la vista no se resuelve la cuestion que se debate en los presentes, ni en nada afecta la desicion sobre si la obligacion contraida por D. E. A.. en el documento de foja dos, es una fianza simple ó un aval, el que se haya incluido en los fundamentos que sirven para declarar que las excepciones opuestas por Z.., en el expediente que contra él sigue B.., *que por el artículo* 917 *del Código, los papeles de comercio son considerados como letras de cambio*; *y, por lo tanto,* *es práctica constante que se protesten para que surtan todos sus efectos*; porque esto importa solo declarar que el protesto es tambien aplicable á los pagarés, pero no resuelve nada ni debia resolver sobre cuáles serian esos efectos respecto á la obligacion que se ejecuta, porque esa seria la resolucion de una excepcion que no se habia admitido ni discutido en esa causa.

Considerando tambien que tratándose de la interpretacion de una obligacion plenamente probada por el documento reconocido de foja 2, deben tenerse presentes las reglas establecidas en el artículo 296 del Código; y en este caso además de las palabras empleadas en dicho documento, tienden á manifestar la intencion

del que la firma la excepcion deducida en su escrito de foja 4; y mas que todo lo que depone el señor doctor S.., al absolver la sexta pregunta del interrogatorio (foja 96), que precisamente por causa de la forma, que I... ó G... habian dado al documento, se depositó en sus manos á pedimento de A... para que no se endosara, prueba evidente que la intencion de este fué constituirse fiador de este y no prestar aval á un papel de comercio endosable. Por estas consideraciones y las de la sentencia apelada de foja 146, se confirma y satisfechas las costas devuélvanse.

III

Como el señor A..., habia recordado en apoyo de la teoría que sostenia una sentencia del tribunal que adoptaba una solucion enteramente contraria á la que habia formulado en la cuestion que seguia, y el tribunal hace mérito de aquella resolucion en su sentencia, preciso es que relacionemos brevemente los antecedentes de ese asunto.

D. S. B..., despues de obtenido el reconocimiento judicial de la firma, se presenta al juez de comercio demandando ejecutivamente al fiador el pago de la obligacion que constaba del documento que presentaba, por hallarse declarado en quiebra el principal obligado. El documento se encontraba redactado en los términos siguientes :

A los cuatro meses fijos de la fecha, pagaré al señor D. S. B..., ó á su órden, la cantidad de cinco mil pesos moneda corriente, valor recibido; y ofrezco en garantía á D. S. Z... que está conforme.

J. Z...

Si no paga á su vencimiento los cinco mil pesos moneda corriente D. J. Z..., los pagaré yo, como fiador, garante que soy.

S. Z...

El juez decretó el pago dentro de tercero dia bajo apercibimiento, pero el demandado solicitó revocatoria fundándose en que siendo un pagaré á la órden está sujeto á la legislacion y reglas sobre letras de cambio (1), debiendo ser considerado como tal en este caso, y la obligacion escrita en ese pagaré de garantir el pago á su vencimiento, es entonces un aval (2). El tenedor de un documento de esa clase, para conservar su accion contra el dador del aval, debe necesariamente protestar el documento por falta de pago y dirigirse al firmante del aval dentro de tres dias, si se encuentra en la misma plaza. Entretanto, el demandante no ha protestado el pagaré por falta de pago, diligencia de que no se encuentra eximido ni aun por la quiebra del deudor, y como es sabido que la omision del protesto perjudica la responsabilidad de todos los garantes de una letra de cambio, á excepcion del aceptante, el mismo efecto produce respecto del aval, habiendo quedado su dador completamente libre de toda responsabilidad en este caso por la obligacion que suscribió.

Evacuando el traslado sin perjuicio que de este escrito se dió al ejecutante, dice que la obligacion suscrita por Z.... no es un aval, porque segun la disposicion del artículo 855 del Código, debiendo el aval constar por escrito en la misma letra ó en documento

(1) Art. 916 y 917 del Código.
(2) Art. 855 y 856 del Código.

separado, ha debido cuidar de expresar claramente que su garantía era por aval, para que segun el artículo 856, pudiera ser considerado como tal ; que la falta de esa declaracion hace que la obligacion de Z... sea una fianza comun, no siendo en manera alguna aplicables, por esa razon, los artículos 916 y 917 que citaba en su apoyo, pidiendo en consecuencia no se hiciera lugar á la revocatoria.

El juzgado proveyó :

Por los fundamentos del presente escrito, no ha lugar á lo solicitado por Z... y dése el cumplimiento al auto de solvendo.

BARRA.

En la apelacion que *de hecho* dedujo el fiador reiteró sus primeros argumentos y demostró con la autoridad de varios jurisconsultos, entre ellos el doctor Tejedor en su *Curso de derecho mercantil*, núm. 445, que si un escrito es indispensable para que conste la obligacion del aval, este escrito no está sujeto á ninguna forma sacramental. Cualquiera que sea esta, documento privado, carta misiva, ó escritura pública, el aval será válido. Pero el tribunal, puestos los autos al despacho, resolvió :

Señores : — *Carrasco, Pica, Salas, Somellera* y *Cárcova.*

Vistos : — Devuélvanse al juez de la causa, para que lleve adelante sus providencias.

En la estacion oportuna, opuso el fiador la excepcion de inhabilidad del título y sustanciada la situacion del juicio por los escritos de las partes recayó la siguiente sentencia :

Y vistos: — Teniendo en consideracion que el ejecutado ha dado cumplimiento al auto de solvendo, abonando el importe del documento, segun el recibo de foja 14, cuya circunstancia implica la renuncia de los trámites del juicio, ya que por ese recibo salvó las excepciones que creia convenientes, redundando esa renuncia en beneficio del acreedor : — Y considerando sobre la excepcion de inhabilidad deducida, que ella se basa en la falta de protesto : — Que este fundamento no tiene razon de ser, porque como lo dice el artículo 890, tal diligencia solo es necesaria para salvar la accion del tenedor contra el girante y endosantes: Que su disposicion no tiene aplicabilidad al presente caso, por cuanto se trata de un simple pagaré que no ha sido negociado; y entonces no puede pretenderse que lo establecido respecto de las letras de cambio referente al protesto, sirva igualmente de regla para esta clase de observaciones: — Por estas consideraciones no ha lugar con costas á la excepcion deducida y liquídense los intereses, reponiéndose el sello.

JUAN E. BARRA.

Apelada esta sentencia por el ejecutado, la Sala de lo civil del tribunal, la revocó en la forma siguiente :

Señores: ***Carrasco, Pica, Salas, Somellera, Cárcova.***

Vistos: — Considerando que al verificarse el pago por el demandado, segun consta del recibo de foja 14 se expresa claramente que lo hacia sin perjuicio de oponer las excepciones que

creia tener: Que esto no puede entenderse como renuncia de los trámites del juicio que en esas excepciones se oponen y así fué aceptado por el demandante.

Considerando que por el artículo 916 del Código, los papeles de comercio que tienen la forma del de foja 1, son considerados como letras de cambio, por lo tanto, es práctica constante que se protesten para que surtan todos los efectos del protesto: — Que aun cuando así no fuera y se considerase como simple fiador al demandado, no ha podido despacharse ejecucion contra él, desde que por el artículo 611, segundo inciso, del Código, puede exigirse que el acreedor pruebe haber interpelado judicialmente al deudor, lo que no se ha verificado en este caso. Por estos fundamentos, se revoca el auto apelado de foja 19 y satisfechas las costas devuélvase.

En la apelacion que B... interpuso de esta sentencia para ante la otra Sala del tribunal, recayó esta resolucion:

Señores: — *Medina, Font, Gonzalez, Langenheim.*

Vistos: — Por sus fundamentos y teniendo además en consideracion los artículos 855, 866 y 859 del Código de comercio, se confirma el auto recurrido de fojas 29 y 30, y satisfechas las costas devuélvanse por su órden.

IV

Hemos dado cuenta detallada de la discusion en las dos causas relacionadas y nos parece necesario reasumir los fundamentos que han servido de base á dos so-

luciones contradictorias sobre el mismo punto para procurar aplicar en seguida la doctrina jurídica al caso propuesto.

En los dos casos hay un billete ó pagaré á la órden, con una caucion otorgada en el mismo documento y aun concebida en términos idénticos; en los dos el firmante de esa caucion se constituye *fiador y garante* del deudor principal comprometiéndose á verificar el pago, si no lo hace este al vencimiento ; en los dos, ese deudor ha caido en quiebra y no ha tenido lugar el protesto; y por último, en los dos se pretende por los fiadores que siendo firmantes *de aval*, la falta del protesto los libra de su obligacion. La cuestion consiste, pues, en decidir si la obligacion suscripta por los terceros en los pagarés es, ó no, un aval. Si es un aval, la accion del tenedor contra el firmante del aval habria quedado perjudicada por la falta del protesto, en el caso y por la razon que ese efecto se produce por la falta de esa diligencia en la letra de cambio. Pero si en vez de un aval, no es sino una fianza comun, la accion quedaria expedita, pues que habria precisamente llegado el caso de hacerse efectiva la obligacion del fiador hácia el acreedor, siendo inútil la interpelacion judicial, desde que en ambos casos ha sido declarada la quiebra del deudor.

Para resolver la cuestion es ante todo indispensable conocer las diferencias que separan á la fianza ordinaria del aval, á fin de poder apreciar en qué casos una garantía de pago prestada por un tercero, extraño á la obligacion principal que resulta de una letra de cambio ó de un pagaré á la órden, es una fianza simple ó es un aval.

En primer lugar, no existe diferencia alguna en cuanto á la naturaleza jurídica y objeto de la obligacion. El

aval, como la fianza, son contratos accesorios, que requieren la existencia de una obligacion principal válida y que tienen por objeto garantir el cumplimiento de esa obligacion por parte del deudor ó deudores. El uno como la otra son contraidos por personas extrañas á esa obligacion, que toman sobre sí únicamente la garantía de su pago, garantía que puede ser absoluta ó limitada, segun los términos en que se preste, ya respecto de las personas que figuran como deudores, ya respecto de la cosa ó condiciones de la prestacion objeto de la obligacion (1).

El aval es entonces una verdadera fianza comercial, que si tiene ese nombre especial, es porque él significa, segun los autores, *dar valor*, ó *hacer valer* un título de crédito, agregando nuevas garantías á las que ya ofrecia, asegurando la solvencia de las firmas que suscriben el título, y respondiendo de su pago al vencimiento (2).

En segundo lugar, no existe diferencia alguna en cuanto á la forma de las obligaciones, porque aun cuando ambas requieren la constancia escrita de su existencia, esa constancia no tiene una fórmula sacramental á que deba ajustarse so pena de nulidad (3). Puede afirmarse sin vacilacion sobre este punto con el Dr. Tejedor (4), y la doctrina comun de los autores que respecto del aval, « si un escrito es indispensable, este escrito no » está sujeto á forma alguna sacramental. Cualquiera » que esta sea, documento privado, carta misiva, ó es- » critura pública, el aval será válido; » y lo mismo puede decirse respecto de la fianza en general.

(1) Compárense los artículos 603 y 605 con los 855 y 858 del Codigo.
(2) Nouguier, tomo I, núm. 494; Bedarride, tomo I, núm. 35
(3) Compárense los artículos 605 y 855 del Código.
(4) *Derecho com.*, núm. 445.

En tercer lugar, tampoco existe diferencia entre el aval y la fianza ordinaria en cuanto á la modalidad y extension de las obligaciones. En ambas fianzas la obligacion es solidaria (1) en las condiciones que se haya estipulado, respecto de las personas, tiempo, caso ó cantidad segun la fianza sea absoluta ó limitida (2). Y es un manifiesto error de derecho el que padece la sentencia de primera instancia en la cuestion de A... cuando afirma que « la principal diferencia entre las » dos clases de garantía, el aval y la fianza, consiste en » que por la primera se establece la solidaridad entre » el que da el aval y los demás obligados en la letra, » mientras que por la segunda tan solo se establece en» tre el fiador y aquel por quien se dió el afianza» miento, » tomando de Massé (3), una doctrina que no puede aplicarse á las disposiciones y principios de nuestro Código en materia de aval y de fianza. Si á una obligacion de muchos deudores se presta una fianza absoluta, sin limitacion de personas, cantidad, tiempo ó caso, la solidaridad se establece entre todos los deudores y el fiador ó fiadores; y su compromiso abraza la obligacion y todos sus accesorios (4), sin que pueda invocar el fiador, como podria hacerlo en el derecho francés, los beneficios de division y de exclusion (5); del mismo modo, si el firmante de un aval en una letra ó pagaré que reconozca varios responsables, no limita en alguna manera su caucion, ella abraza á todas las personas y á toda la obligacion, sin restriccion alguna.

(1) Compárense los artículos 611 y 912 del Código.
(2) Compárense los artículos 605 y 858 del Código.
(3) *Droit comm.*, núm. 2703.
(4) Art. 605 del Código.
(5) Art. 611 del Código.

El aval, como la fianza, en nuestro derecho, lo repetimos, pueden ser absolutos, ó limitados; y se presumen absolutos, cuando no expresan las limitaciones á que se contraen, *no debiendo extenderse jamás fuera de esos límites :* la solidaridad que producen es igual, en obligaciones idénticas, comparando la fianza y el aval, respectivamente absolutos ó limitados.

Una letra de cambio, puede sin embargo, ser garantida por una fianza ordinaria ó por un aval; ¿cuáles serán los signos característicos de una y de otra, y cómo podria distinguírseles?

Parece que la costumbre de prestar el aval en la misma letra de cambio producia algunos inconvenientes y traia perjuicios al crédito de los comerciantes, segun las palabras siguientes de Savary, que Emilio Ollivier trascribe en un artículo sobre « la aceptacion por carta misiva » (1). Para fundar la costumbre que se introdujo de no prestar el aval sino por documento especial, dice que : « la razon es, en primer lugar, porque dado el aval » en la letra misma, hace dudar de la solvencia del » librador y de la situacion de sus negocios, lo que perjudica á su crédito. En segundo lugar, porque se ha » notado, por los inconvenientes que han ocurrido, que » aquellos que dan su aval en la misma letra, eran personas sin responsabilidad y sin bienes, y que era » mas bien una red que se tendia al público para poder » negociar mas fácilmente las letras de cambio, lo que » no producia ningun buen efecto. De suerte que por » estas razones, el uso de poner el aval en la misma » letra está abolido. »

Ahora bien, cuando el aval se presta en documento

(1) *Revue pratique de droit français*, tomo V, pág. 226.

separado, puede dudarse de la voluntad del dador, respecto de la extension y objeto de su compromiso, porque desligado de las responsabilidades que directamente aseguran la negociacion de la letra, ha podido garantir la solvencia de uno ó varios deudores ó el pago de la deuda que indica el giro, sin querer asegurar la eficacia de su negociacion, ni participar de las responsabilidades que induce para con los terceros que toman el título. El carácter de la fianza otorgada en documento separado sobre una letra de cambio, es entonces una cuestion de hecho cuya apreciacion corresponde á los magistrados, y que depende de la prueba que demuestre, cómo ha entendido obligarse el fiador, si como garante de la deuda de que es un resultado la letra, ó como garante de la eficacia y seguridad del título.

En este sentido únicamente puede admitirse la opinion de los autores (1) que atribuye un poder soberano de apreciacion sobre esta cuestion de hecho á los jueces y tribunales de comercio; pero la duda no podria suscitarse ni promoverse cuestion, sobre si es un aval ó una fianza comun, la caucion otorgada en la misma letra, adherida á su suerte, que forma parte del título y que contribuye á la eficacia de su negociacion. Cuando el aval solo consta por la firma del que lo da, pudiera confundirse tal vez con el endoso, pero nunca con la fianza comun.

Tal es la opinion de Massé (2) cuya autoridad ha debido decidir la cuestion de A... « Hay una excepcion, » dice, á la regla que dispensa al afianzamiento de la » formalidad de un escrito (la fianza en derecho fran- » cés puede probarse por todos los medios admitidos,

(2) Compárense los artículos 311 y 912 del Código.
(2) Compárense los artículos 605 y 858 del Código.

» núm. 2723) para el aval, que es el compromiso que
» contrae un tercero de garantir y afianzar el pago al
» vencimiento de una letra de cambio ó de un billete
» á la órden. Este compromiso debe constar por escrito.
» Esto resulta del artículo 142 del Código de comercio,
» segun los términos del cual puede darse esta garantía
» en la letra misma ó en documento separado, lo que
» supone necesariamente la intervencion de la escri-
» tura. Por lo demás, el aval no está sometido á nin-
» guna fórmula particular; puede consistir en una sim-
» ple firma puesta en la letra de cambio, ó en el billete
» á la órden, puede igualmente darse por carta misiva.
» *Pero en todos los casos en que la promesa de garan-*
» *tir el pago de una letra de cambio ó de un billete á*
» *la órden se ha dado por acto separado, toca á los*
» *jueces decidir, segun los términos en que se halla*
» *concebido, si esta garantía constituye un aval afian-*
» *zando de una manera general el pago del título y*
» *asimilando al que lo firma á los demás signatarios,*
» *ó si no es mas que una fianza ordinaria que no*
» *establece solidaridad sino entre el fiador y aquel*
» *de los deudores que afianzó.* »

Si las sentencias hubieran meditado con alguna detencion sobre la diferencia de nuestra legislacion con la francesa en materia de fianza y aval y sobre los principios en que reposa el giro de papeles de comercio, no habrian afirmado que hay diferencia entre la solidaridad que produce la fianza ordinaria y el aval; que la falta de protesto no afecta el aval; que no son aplicables las reglas de la letra de cambio á un billete á la órden en cuanto al protesto, ó que este debe tener lugar, *como es de práctica*, y no en virtud de disposicion del derecho; y en fin, no habrian jamás puesto en duda que una

fianza dada en la letra ó en el pagaré, es un verdadero aval, que forma parte de la letra misma, que se confunde con las demás garantías que contiene; y que corre la suerte y participa de todos los efectos del título á que se adhiere y á cuyas reglas se sujeta. Cuando la fianza se da para garantir el pago de una letra de cambio, se llama aval; y no puede dudarse de su especialidad si esa garantía consta de la misma letra á la cual necesariamente queda incorporada, no siendo en manera alguna admisibles en el título negociaciones, compromisos, ó actos extraños á la naturaleza particular y efectos propios del giro.

Confiamos que la jurisprudencia dejará triunfante esa doctrina, aceptando la solucion implícita adoptada en la sentencia de última instancia en el asunto de B... y que importa declarar que es siempre un aval la fianza otorgada en el mismo pagaré, y que esa garantía como la de los endosantes, queda perjudicada por la falta de protesto.

Decimos que la solucion es *implícita* porque se limita á expresar que la falta de protesto ha debido impedir la ejecucion, deduciéndose que la garantía prestada se consideraba como un aval, lo que corrobora el segundo motivo que aduce con estas palabras: « Que aun cuan» do así no fuera y se considerase como simple fiador » al demandado, etc. » Por otra parte, la referencia que hace la sentencia de tercera instancia á los artículos 855, 856 y 859 del Código, no dejan la menor duda que las sentencias han considerado como un aval la fianza prestada por Z... y que por esa razon la falta de protesto ha perjudicado esa garantía.

Así, en la causa de A..., la sentencia de segunda instancia en el juicio ordinario, ha afirmado un error

evidente, pretendiendo que no hay contradiccion en las soluciones adoptadas en las dos causas; porque en la de B... *no se resuelve ni se debia resolver sobre cuáles serian los efectos (los del protesto) respecto de la obligacion, que se ejecuta;* cuando precisamente se ejecuta en ambas causas la obligacion del fiador, en las dos se pretende que es un aval perjudicado por la falta del protesto, y en la una se declara que esa falta no perjudica la obligacion porque es una simple fianza, mientras que en la otra se declara perjudicada la obligacion é improcedente la ejecucion, porque es un aval y falta el protesto.

Creemos, por último, deber notar que ninguna prueba es admisible para verificar la intencion de las partes al suscribir obligaciones en una letra de cambio, contra el tenor expreso de lo que por la escritura conste, porque los principios generales, la naturaleza del título y los fines de la ley que lo ha rodeado de tantas garantías y que le da tanta eficacia quedarian completamente burlados. El librador, endosante, aceptante, ó firmante del aval, no pueden jamás pretender con razon que no han querido obligarse en la manera que aparece de la letra y que muy distinta ha sido la obligacion que han querido contraer, cuando han suscripto la letra en el rol que aparecen si la letra es verdadera, el error de derecho que habrian padecido no les serviria de excusa para eximirse del cumplimiento de las obligaciones que suscribieron.

Una letra ó un pagaré no sufren alteracion alguna en su naturaleza y efectos, porque se haya convenido entre librador y tomador que no será negociado ó trasmitido por endoso. Los derechos y deberes que el título produce, no se alteran en lo mínimo y queda en todo

caso sujeto á las disposiciones y reglas que lo rigen. El firmante de aval, no deja de serlo, porque el título no se negocie y si lo ha dado en el mismo título no puede pretenderse en manera alguna fiador comun; porque la fianza otorgada en garantía de la eficacia del título, es siempre y necesariamente un aval. Si faltando al compromiso contraido, el documento fuera negociado, ese hecho podria dar lugar á una indemnizacion de perjuicios, pero la negociacion seria válida; y alegando su intencion, el dador del aval no podria despojar á los demás de una garantía constante en la misma letra y con la cual han debido contar al adquirirla.

XII

FORMALIDADES DEL PROTESTO

El protesto anticipado de una letra de cambio es ineficaz para entablar la ejecucion cuando el pagador de la letra no se halla legalmente constituido en quiebra.

No es precisamente un punto dudoso de jurisprudencia ó de doctrina, el contenido en el sumario que encabeza este artículo, ni podemos excusar la importancia que le atribuimos con la falta de disposiciones expresas que á él se refieran, ó con debates y dudas, que fuera de este caso, haya provocado su aplicacion en la práctica de los tribunales; pero tiene, sin embargo, un interés real, como toda explicacion judicial del alcance y objeto de una ley, como toda resolucion que establece la buena doctrina en una controversia jurídica; sobre todo, tratándose de una ley, hace pocos años promulgada, objeto por consiguiente de constante estudio, y á la cual las decisiones judiciales y su exámen, pueden

servir de comentario. En este sentido no despreciamos las sentencias que, como aquella de que vamos á ocuparnos, no discuten y resuelven un punto de doctrina sino porque tiene el juez la obligacion de distribuir la justicia y aplicar la ley á las partes, cuando no están bien convencidas del derecho que respectivamente les comprende y exigir del magistrado el ejercicio de su augusto ministerio.

El tomador de una letra de cambio, D. S. M... (1), se presenta al tribunal, exponiendo que no habiendo obtenido el pago del aceptante D. J. M. S..., del librador D. R. M. S... y del garante, como aval, D. F. S..., como lo comprobaban los testimonios del protesto á cada uno de los firmantes formalizado con arreglo á la ley, que acompañaba, pedia al juzgado decretara que el deudor principal, D. J. M. S..., aceptante de la letra, pagara dentro de tercero dia, capital é intereses de la letra, costos y costas de la ejecucion, sin perjuicio de las acciones que contra los demás garantes de la letra le correspondian.

Decretado el auto de solvendo, en vista de la letra y del protesto (2), y librado el mandamiento de ejecucion y embargo, fué este trabado en una finca, propiedad del deudor, y citado en seguida de remate, por edictos, á causa de su ausencia en la campaña. Despues de ventilado un incidente promovido, primero por la esposa del demandado y en seguida continuado por él mismo, en el cual fué desechada la excepcion de espera que alegaron en primera instancia, cuya resolucion fué con-

(1) Oficina de Salvadores, juez doctor Isla, acompañado despues, por causa de recusacion, con el juez doctor Barra.

(2) Art. 850 y 851 del Código.

firmada por la Cámara de lo criminal, se trató de llevar á debido efecto la sentencia de trance y remate, cuando el acreedor se presenta manifestando que, en virtud de haberse presentado en quiebra el deudor de la letra, y suspendiéndose por ese hecho toda la accion ejecutiva (1) contra el demandado, venia á dirigir su accion contro D. F. S..., como garante (2) del valor de la letra, pidiendo en consecuencia se librara el auto de solvendo, que el juzgado, sin mas trámite, pronunció.

D. F. P. S. ., objetando el auto de solvendo que se le habia notificado, expone que la letra girada el 10 de enero, á tres meses de plazo, por su hermano D. R. M.., aceptada por su otro hermano D. J. M..., y suscripta en blanco por él mismo al dorso, no vencia, por consiguiente, hasta el 10 de abril; pero tres dias antes, es decir, el 7 de ese mes, se apresuró M. á hacerla protestar, á pesar de que el término no estaba vencido aun, y no se habia constituido en quiebra ninguno de los firmantes. La ejecucion, dice, continuó hasta el grado de pronunciarse la sentencia de trance y remate de la valiosa finca previamente embargada; mas suponiendo entonces, que el ejecutado se halla en quiebra, dirige ex-abrupto su accion contra mí, y el juzgado se sirve aceptarlo sin averiguar la verdad del hecho alegado al efecto.

Que aun cuando el rigorismo de la tramitacion del juicio ejecutivo no le permite recurrir de dicho auto,

(1) Art. 1534. La suspension no data de la presentacion en quiebra, sino desde la fecha de la declaracion judicial.

(2) En el escrito se le llama librador y endosante al mismo tiempo. Ninguno de estos roles desempeñaba. No era librador, porque ese carácter revestia D. R.... S...., que firmaba el giro; no era tampoco endosante, porque el mismo á cuyo favor fué girada la letra era el que gestionaba su pago. No habia tenido lugar endoso alguno. Su verdadero rol se lo asignamos adelante.

para buscar el remedio ante el Superior, no le prohibe solicitarlo ante el mismo juez que lo dictó, y es eso lo que espera conseguir á mérito de las siguientes observaciones fundadas en los antecedentes del asunto.

Que en primer lugar, su firma, en la forma indicada, no importa un giro, una aceptacion, un endoso, ni siquiera un aval; mientras que un acto de esa naturaleza, seria absolutamente indispensable, segun el artículo 912 del Código, para que se le pudiera reputar solidariamente obligado al pago de la letra. Que sin ese acto, M... no puede reconvenirle sino despues de ejecutados los deudores principales, y será, recien entonces, llegada la ocasion de averiguar si esa firma le liga con alguna obligacion para con él.

Que en segundo lugar, sentado que no es librador ni aceptante de la letra, cualquiera obligacion que se pretendiera imponerle, como firmante de aval ó endosante, habria caducado, á virtud de la época en que fué formalizado el protesto; pues segun lo relatado anteriormente, ese protesto tuvo lugar tres dias antes del vencimiento de la letra, cuando todos sus firmantes se hallaban en pleno goce de su crédito, y cuando no mediaba causa alguna legal que autorizara semejante anticipacion. Mientras tanto, segun los artículos 843, 859, 889 y sus muchos concordantes, el protesto no puede ser hecho sino dentro de las veinticuatro horas siguientes al vencimiento de la letra; y solo un protesto en forma y tiempo debidos puede conservar las acciones del portador contra los endosantes ó dadores del aval.

Que en tercero y último lugar, aunque nada de lo aducido fuera inteligible, seria incuestionable que M... no podria, en tésis general, dirigir su accion contra

otro de los firmantes de la letra, suspendiendo la ejecucion iniciada contra uno de ellos, segun la terminante disposicion del artículo 846 del Código. La única causa que podria autorizar semejante procedimiento, seria la quiebra del ejecutado, con arreglo á la disposicion del artículo 848 del mismo Código, y ese hecho, aunque alegado por M..., no ha tenido lugar, como lo podrian certificar todos los escribanos, bastando, sobre todo, que no constara de autos, para que el juez se abstuviera de librar en el acto el decreto de solvendo de que se quejaba. Y concluyó pidiendo se revocara por contrario imperio ese decreto, y se ordenara á M... continuara su accion contra la persona que empezó á ejecutar, recusando, por medio de un otro sí, al juez que conoció del asunto y pidiendo se acompañara con el otro juez de comercio.

Proveida de conformidad la recusacion, los dos jueces concedieron *traslado sin perjuicio*, y evacuándolo la viuda de M..., única y universal heredera de su marido, fallecido despues de su último escrito, dijo, que el juzgado debia mandar se llevara á debido efecto el auto de solvendo, pues la firma en blanco, puesta al dorso de la letra por D. F. S..., importaba un aval, y aun cuando la letra vencia el 10 de abril de 1866, sin embargo, como hubiese suspendido pagos el aceptante, á quien primero se ejecutó por el importe, pudo el tomador protestarlo tres dias antes, con sujecion al artículo 901 del Códico de comercio.

Que seguido el juicio contra el aceptante, habia continuado en todos sus trámites, hasta terminar con el concordato celebrado en los autos de su concurso, recibiendo el dividendo que se menciona ahora con letra carmin al dorso de la letra que encabeza el expediente;

y que atenta la insolvencia del aceptante, y haciendo uso del derecho que confiere el artículo 846 del Código, habia dirigido la ejecucion contra el firmante del aval, como garante de la letra, constando además la quiebra del librador; por la cantidad que la letra designaba, deducida la suma recibida como dividendo, intereses, costos y costas. Que por lo demás, era indudable que D. F. S..., al poner su firma en blanco en la letra, habia contraido una obligacion en la forma que se practica en estos actos de comercio, y que las acciones que el protesto produce á favor del tenedor, le quedaban expeditas, desde que la quiebra del aceptante no era un hecho dudoso, por todo lo cual pedia se proveyese de conformidad.

Los jueces dictaron la sentencia siguiente :

Y vistos estos autos, de los que resulta, que el protesto se ha verificado antes del vencimiento ;

Y considerando que la regla general establecida para llenar esta formalidad, solo reconoce por excepcion el caso en que se constituye el pagador en quiebra (artículo 901) ;

Que la cesacion de pagos de este y las moratorias extrajudiciales que obtuvo de sus acreedores, circunstancia que hizo valer en el acto del protesto para no abonar la letra, no han podido autorizarlo, porque el artículo 1521 dispone que la quiebra no produce efectos legales, sino en cuanto interviene sentencia de tribunal competente que la declare ;

Que, por consiguiente, ese protesto es ineficaz, porque en materia de formalidades las reglas prescriptas son de derecho escrito, segun lo enseñan, hablando del caso actual : Nouguier, tomo II, número 767 y Pardessus, tomo I, número 427, sexta edicion ;

Considerando, sin embargo, que aun cuando esto es muy exacto, no deben olvidarse las circunstancias siguientes que conducen á la conclusion de que la firma al dorso F.. S... está obligada al pago de la letra ; la primera es referente al carácter de aval que ella

inviste desde que no ha sido portador; así lo enseña la comun doctrina, Bravard, nota 4ª, página 312; Bedarride, tomo I, número 360: y la segunda consiste en que la notificacion que exige el artículo 859 solo hay obligacion de hacerla cuando la letra ha sido negociada, lo que se llega á comprender teniendo presente: primero, que se trata de un aval absoluto, puesto que el firmante no ha limitado su garantía; segundo, que las excepciones que puede oponer, con arreglo al artículo 857 del Código, son las permitidas á los deudores que ha garantido; y tercero, que no figurando en la letra en cuestion, como tales, mas que el aceptante y el librador, la falta de protesto no liberta al primero (artículo 843), ni al segundo, á menos que pruebe la provision de fondos (artículos 794 y 798), salvo para ambos el caso de la prescripcion, (artículo 1003);

Derivando la excepcion de un protesto nulo, falta por consiguiente, el fundamento que se tuvo en vista al dictar el auto de solvendo, por lo que declarándolo sin efecto, dejamos á salvo al tenedor de la letra sus derechos para que los haga valer en la forma que corresponda. Repóngase el sello.

ISLA. — BARRA.

De esta setencia apeló la viuda de M..., y concedida en relacion, por la naturaleza del juicio, la Sala de lo criminal dictó la siguiente resolucion:

Señores: — *Medina, Font, Gonzalez Garaño, Dominguez, Langenheim.*

Vistos: — Por los fundamentos contenidos en la primera parte de la sentencia apelada de foja treinta y nueve;

Considerando además, que la razon de ser permitido el protesto anticipado en caso de quiebra, es que las deudas del fallido, se consideran entonces vencidas; y que este efecto solamente lo produce la quiebra judicialmente declarada, segun el artículo mil quinientos cuarenta y cuatro del Código;

Sin admitirse, por ser inoportunos, los fundamentos de la segunda parte que empieza : « considerando sin embargo », etc. ;

Se confirma, con declaracion de que las acciones que se reservan al tenedor de la letra, son solamente aquellas con que pueda considerarse con arreglo á derecho ; y satisfechas las costas, devuélvanse.

La conservacion de los derechos del tenedor, y el pleno ejercicio de sus acciones, dependen del protesto que en debida forma y en la época oportuna ha debido formular al exigir el cumplimiento de la obligacion contraida en la letra ; y la falta de ese documento ó su invalidez, por no haberse verificado en el tiempo y forma prevenidos por la ley, le produce el perjuicio de su título y la pérdida de toda accion contra librador y endosantes, fuera de los casos exceptuados por el artículo 890 del Código.

La cuestion queda, pues, reducida á resolver en lo que respecta á la ejecucion entablada por el tenedor de la letra contra uno de los garantes de su exacto cumplimiento, si la suspension de pagos del aceptante, autoriza la ejecucion contra cualquiera de los firmantes de la letra, con arreglo á lo dispuesto por el artículo 846 y 858 del Código de comercio. Y decimos que la cuestion queda reducida á esos términos precisos, porque, como lo dice la sentencia de la Cámara, no es del caso investigar cuáles sean las responsabilidades en que incurre, y el carácter que asume, el que, sin ser librador, aceptante ó endosante, consigna su firma

al dorso de una letra de cambio, no tratándose de otro punto en el juicio que de la validez ó nulidad del protesto en virtud del cual se habia entablado y proseguido la ejecucion. Hacemos, además, esta advertencia, que concreta nuestro juicio á esta cuestion, porque no quisiéramos anticiparnos al fallo de los tribunales en la gestion que prosigue el tenedor para alcanzar el íntegro pago de su título, limitándonos á consignar el punto resuelto, por lo que puede importar á la doctrina y buena aplicacion de nuestras disposiciones legales sobre esta materia.

Que el protesto en que falten algunas de las formalidades establecidas por la ley, es completamente nulo, nos parece del todo evidente, desde que esas mismas formalidades se hallan adoptadas para revestir al documento con todas las garantías de exactitud y de verdad necesarias para autorizar la ejecucion en su vista, sin que sea permitida otra excepcion que las que inducen el pago, la falsedad del título, prescripcion, caducidad, espera ó remision (1). Tal vigor y energía de accion, no podria adjudicarse á un documento en cuya forma pudieran omitirse ó variarse enunciaciones y datos capaces de modificar los derechos cuya solucion y punto de partida presenta, y que tiene tal importancia y trascendencia, que no puede suplirse su ausencia por ninguna otra prueba ó documento (2),

La doctrina y la legislacion francesa difieren en este punto esencialmente de la nuestra, á pesar de la uniformidad de principios y de miras que, con respecto á la primera, adoptaron nuestros legisladores. En efecto,

(1) Art. 851 y 852 del Código.

(2) Art. 899 y 900 del Código.

la omision de una ó varias de las formalidades y enunciaciones que debe contener el protesto, no induce necesariamente la nulidad del acto ó del documento en la legislacion francesa, y una gran latitud de conciencia y apreciacion se confiere á los jueces que, en presencia de nuestras disposiciones, no podrian ejercitar, viéndose obligados á pronunciar la nulidad, como consecuencia indispensable de la falta de cualquiera de las formalidades establecidas.

¿Cuál será el efecto de la omision de una ó varias formalidades prescriptas por el artículo 174, se pregunta Bedarride? (1) ¿El protesto será nulo y el portador se verá privado de todo recurso contra los endosantes?

Se reconoció en la discusion del Consejo de Estado, que todas las prescripciones de este artículo no se recomendaban con igual título; pero que la inobservancia de algunas de ellas, debia producir la nulidad del acto. M. Regnault de Saint-Jean d'Angely colocaba en esta categoría las tres primeras (2).

Los señores Merlin y Jaubert, reclamaron la insercion en el Código de un artículo general sobre los casos en que debiera establecerse la nulidad; pero no tuvo consecuencia alguna esa proposicion. Ese resultado, por otra parte, no fué determinado por el rechazo del principio de la nulidad; el Consejo de Estado, no tuvo otro objeto al proclamarlo, que permanecer fiel al principio tantas veces adoptado; á saber: que, siendo

(1) *Tratado de la letra de cambio*, tomo II, núm. 562. El art. 174 del Código francés, corresponde exactamente al art. 893 del nuestro, que prescribe las formalidades y enunciaciones que debe contener el protesto.

(2) La transcripcion de la letra de cambio, de la aceptacion de los endosos ó indicaciones para el pago, primera parte del art. 174 del Código francés.

los tribunales de comercio esencialmente tribunales de equidad, no debia ligárseles por prescripciones demasiado absolutas y precisas.

La cuestion de nulidad por violacion parcial ó total del artículo 174, queda, pues, abandonada á la apreciacion soberana del juez. Las consecuencias que la formalidad omitida ha tenido ó puede tener, es lo que debe decidirlo. La nulidad puede, entonces, pronunciarse, aun cuando la formalidad omitida tuviera que colocarse fuera de las tres categorías indicadas por M. de Saint-Jean d'Angely.

Así, la Corte de Burdeos, ha resuelto el 3 de enero de 1840, que la omision de las razones en virtud de las cuales se rehusaba el pago, anulaba el protesto; y que la irregularidad del original resultante de esta omision, no podia suplirse por las enunciaciones de la copia.

En fin, la nulidad del protesto, es mas bien una cuestion de hecho que una cuestion de derecho. La latitud de apreciacion de los tribunales, es absoluta, y no reconoce otro límite que la conciencia del juez. De ahí esta consecuencia : que su decision, cualquiera que sea, puede muy bien constituir un mal fallo, que el segundo grado de la jurisdiccion podria reformar; pero no podria incurrir en el reproche de violacion ó falsa aplicacion de la ley, y escaparia, pues, forzosamente, á la censura de la Corte de Casacion.

Siguiendo el curso de estas ideas y ocupándose de la cuestion, M. Dalloz (1) indica varios casos en que las resoluciones de los tribunales superiores han confirmado la doctrina expuesta sobre la nulidad del pro-

(1) *Repertoir de législation, doctrine et jurisprudence*, verbo *effets de commerce*, núm. 767 á 770.

testo, y refiriéndose á un juicio en que fué desechada la nulidad por la Corte de Casacion, no obstante la falta de enunciaciones prescriptas en el artículo 174 del Código francés, observa que, el principio en virtud del cual las enunciaciones prescriptas en el mencionado artículo no son indispensables, so pena de nulidad, es muy grave cuando se piensa en la importancia del acto del protesto.

« Parece, agrega, que en semejante materia todo debiera ser de rigor; y ese era el sistema cuyo triunfo buscaba el demandante en Casacion, observando que el artículo 174 nada dice que pueda hacer suponer que da mas importancia á unas enunciaciones que á otras. Es muy cierto, en efecto, que á primera vista, es difícil distinguir entre la primera parte y la segunda del mismo artículo, para aplicar, como lo ha hecho la Corte Suprema, á la una y no á la otra, el principio que la ley no dispone bajo pena de nulidad. Por lo demás, si fuera preciso aplicar ese principio indistintamente á todas las enunciaciones del artículo, tendríamos que el acto del protesto quedaria exento de toda regla precisa, lo que es imposible. »

A ese ataque contra la doctrina, aceptada generalmente, responde que, « segun Locré (1), el pensamiento que al principio se tuvo de adherir la pena de nulidad á las disposiciones de ese artículo, fué desechado mas tarde, á fin de no desnaturalizar á los tribunales de comercio, que son esencialmente tribunales de equidad, sometiéndolos á reglas demasiado precisas. Lo que prueba que en materia comercial los actos no deben quedar sometidos, sino á las condiciones que implica

(1) *Espíritu del Código de comercio*, com. al art. 174.

su misma esencia, á menos que la ley no se manifieste imperativa para exigir otras. ¿Cuál es el objeto del protesto? Evidentemente constatar dos cosas : 1ª que el título ha sido presentado al aceptante y que se le ha intimado el pago; 2ª Que ha habido denegacion de pago. Hé aquí las dos condiciones que son de la esencia misma del protesto, y sin las cuales no constituiria mas que un acto sin alcance ni valor; y en esta categoría no pueden, de seguro, colocarse todas las enunciaciones del artículo 174 antes citado.

» Mas aun, el texto del mismo artículo parece confirmar esa interpretacion. *El acto del protesto contiene*, etc., y despues, hablando del mismo acto, dice *enuncia*, etc. La palabra *enuncia* con relacion á la palabra *contiene*, no tiene el mismo alcance; la primera tiene mas alcance que la segunda, y parece mas bien que esta indicara las condiciones esenciales y constitutivas del acto del protesto. La ley hubiera podido decir, en lugar de *enuncia*, *contiene la mencion de*, etc. Por lo demás, este argumento de texto, no tiene valor real, sino en cuanto se halla de acuerdo con los principios ya deducidos » (1).

Si aplicamos esta doctrina á nuestra propia legislacion, veremos al instante que no puede conciliarse con los principios adoptados, con el texto expreso de la ley; y que nuestros legisladores preocupados, sin duda, de la importancia del protesto y de los efectos que era necesario darle para determinar la solucion de las obligaciones que nacen del contrato de cambio, prefi-

(1) La generalidad de los autores adopta esos principios, conforme en eso con el espíritu de la legislacion francesa. V. NOUGUIER, *de la lettre de change*, tomo II, núm. 755; BRAVARD VEYRIÈRES, *Lettre de change*, pág. 432 en la nota, etc.

rieron, en tan grave materia, atenerse al rigor de la ley, antes que á la prudente apreciacion de los tribunales de comercio. El carácter de equidad que distingue á estos tribunales desaparece, cuando el rigor de los principios y la estricta aplicacion del derecho, exigen la expresion y la fórmula, ante la cual enmudece la conciencia que varia segun las infinitas modificaciones que puedan influir en la apreciacion mas ó menos exacta del individuo; y cuando con toda prudencia se juzga mas oportuno y conveniente fijar reglas invariables de conducta al magistrado, en cuanto á la aplicacion del derecho, tratándose de hechos de antemano establecidos, que dejarlo librado á su propio juicio y buen criterio. Y de ahí la reconocida necesidad de una legislacion comercial, que no importe mas que la reunion ó coleccion de principios y de reglas á las cuales deben conformarse los actos del comerciante y las decisiones de los jueces que los juzgan.

No necesitamos establecer cuál es el rol que el protesto, por falta de aceptacion ó de pago, desempeña en la ejecucion del contrato, de que es una manifestacion indudable la letra de cambio, ni tampoco demostrar que él forma la base y punto de partida de los deberes y derechos correlativos que contraen todos los que se encuentran ligados por la obligacion que induce el título cuya ejecucion se pretende. ¿ Qué extraño es, pues, que el legislador haya querido rodearlo de toda garantía de verdad, aun contra las inciertas apreciaciones de la conciencia y la equidad, indicando la forma y las constancias de que debe hallarse revestido, para merecer toda la fe con que la ley lo distingue y el enérgico procedimiento que le atribuye en consecuencia?

Sino estas, semejantes observaciones generales, han

guiado el espíritu al formular los artículos de nuestro Código, que se refieren á la forma y enunciaciones del protesto, y su simple lectura nos hace comprender que, á diferencia de la legislacion francesa, la ley no deja á la apreciacion del juez mas que la sola inspeccion material del documento, librándolo completamente de las vacilantes indicaciones de la equidad. El protesto es válido y eficaz en tanto que se hayan llenado las formalidades establecidas y contenga todas las enunciaciones que la ley previene: la omision de una sola le acarrearia, como consecuencia necesaria, una insanable nulidad. Tal es la única solucion á que puede arribarse en presencia de los términos expresos en que están concebidas las disposiciones legales que nos rigen, las cuales alejan no solamente toda discusion sobre la importancia de las palabras que emplean, sino tambien toda duda sobre la intencion y el espíritu del legislador. Invocando el principio mismo en que M. Locré apoyaba la prudente apreciacion de los tribunales sobre la omision de formalidades ó enunciaciones, que no son de la esencia del acto, diremos que, aun cuando en materia comercial, la equidad es un principio general al que debe someterse todo juicio sobre hechos, los documentos que los prueban son ineficaces, cuando no contienen todos los requisitos que la ley, imperativamente ha exigido, como condicion de su validez.

El protesto *debe contener esencialmente*, dice el artículo 893 del Código: 1° La copia literal de la letra, etc.; de suerte que, indicándose como esenciales, cada una de las enunciaciones en ese artículo contenidas, la cuestion queda reducida á una investigacion judicial sobre el contenido del acto del protesto, y de

ningun modo á una cuestion de hecho que tuviera por objeto someter al criterio y apreciacion del juez, si tal ó cual formalidad omitida afectaba ó no la esencia del protesto. La nulidad seria la consecuencia necesaria de la omision de una de esas formalidades que la ley considera esenciales y que afectan la naturaleza misma del acto, y nunca el resultado del juicio del magistrado sobre la importancia que pudiera atribuirle dada la omision y las consideraciones de equidad que pudieran influir en su apreciacion y fallo.

Y si respecto de las formalidades y enunciaciones del protesto, la ley es tan severa que nada deja á la apreciacion de los jueces, privándoles de todo poder discrecional, la cuestion asume las proporciones mas sencillas y términos mas precisos aun, cuando se refiere, no ya á la forma exterior del acto, sino á una de las condiciones de su existencia legal, cual es la fecha ó la época en que puede formularse, época ó fecha que decide de la legitimidad de los derechos que constata y de los efectos que la ley y la doctrina le atribuyen.

Hemos indicado antes la importancia del protesto en la ejecucion de las obligaciones que nacen de la letra de cambio, y de la cual queda uno persuadido cuando ve el cuidado con que la ley reglamenta la forma ó condiciones de ese acto (1). Un protesto es la indicacion mas general del mal estado de los negocios de un comerciante; es la señal mas frecuentemente inequívoca de un próximo desastre, y realizado inconsideradamente ó en tiempo inoportuno, puede traer perjuicios de consideracion al comerciante contra quien

(1) Art. 888 á 901 del Código.

se dirige. Así, dice Dalloz (1), ha sido resuelto que el protesto formulado contra un comerciante que tenia prontos los fondos destinados á cubrir el giro, causa á su crédito un perjuicio que le da accion para exigir la indemnizacion de daños é intereses, de parte de aquel á cuya culpa es imputable la inoportunidad del acto.

Uno de los deberes mas importantes del tenedor, es presentar la letra á la aceptacion ó el pago, en los términos convenidos de antemano, ó en los establecidos por la ley, á fin de conservar íntegras sus acciones y expeditos sus derechos contra los que le son responsables del cumplimiento de las obligaciones contraidas, formulando el correspondiente protesto, si el pago ó la aceptacion le son denegados por el que debia realizarlos. Los términos de la ley son imperativos y han establecido una sancion conveniente para el caso de negligencia ó inejecucion (2); mandato y sancion que se desprenden lógicamente de la naturaleza de las obligaciones del contrato, y que se fundan en la conveniencia general del comercio y la clase de relaciones jurídicas que el título crea entre los diversos responsables y garantes de su cumplimiento.

En los antecedentes que dejamos ligeramente apuntados, se funda la resolucion del artículo 889, que dice así : « Toda letra que haya de ser protestada por falta » de aceptacion ó de pago, *debe ser llevada* al escri- » bano, dentro de las veinte y cuatro horas del dia en » que debia ser aceptada ó pagada. El protesto *debe*

(1) *Repertoire de législation*, verbo *effets de commerce*, núm. 737; Nougier, *Des lettres de change*, tomo II, núm. 727.

(2) Art. 838, 839, 842 y 843 del Código.

» formalizarse en el dia inmediato siguiente que no » fuese feriado. » El artículo siguiente agrega : « Las » letras que no se presenten para cobrarlas *el dia de* » *su vencimiento*, y en defecto de pago no se protesten » en *el término* del artículo 889, se tienen por perjudi- » cadas y se pierde toda accion contra el librador y en- » dosantes, etc. »

La nulidad de un protesto que no se ha verificado en los términos precisos del artículo 889, es pues evidente y la letra á que se refiere, cae necesariamente en la pena que establece el artículo siguiente. Ya sea que se dejen pasar los plazos designados por la ley, ya tambien que se anticipe la exigencia del pago, la letra seria perjudicada y el protesto nulo, en el primer caso, porque es un principio, que cuando la ley exige ciertas condiciones ó formalidades para el reconocimiento de un derecho ó la constatacion de un hecho, ni uno ni otro producen efectos jurídicos, si no se encuentran ajustados á las prescripciones legales; en el segundo caso, á mas de la razon en que ese principio se funda, porque la deuda que importa una letra de cambio, no es exigible sino el dia de su vencimiento, pudiendo responderse, al que se anticipe en el cobro con este aforismo : El que tiene término nada debe.

Pero hay un caso en que los derechos del acreedor amenazados de una inejecucion evidente por parte del deudor, autorizan medidas precaucionales y aun el vencimiento anticipado del crédito á plazo, por la notoria diminucion de las garantías que tuvo presente al contratar; ese caso es el de la insolvencia ó quiebra del deudor. Sin embargo, la constatacion del hecho de la cesacion de pagos, por cualquiera de los medios de prueba y por consiguiente la diminucion de las

garantías de que gozaba el acreedor, no puede por sí sola autorizar la aplicacion de los efectos y consecuencias que la ley da á ese hecho, cuando la autoridad judicial lo declara comprobado.

En un pequeño trabajo que publicamos en 1864 sobre el libro cuarto del Código (1), decíamos sobre este mismo punto lo siguiente : Bajo dos puntos de vista puede considerarse la quiebra; como el estado de un comerciante que ha cesado sus pagos, ó como el estado del comerciante que ha sido judicialmente declarado en quiebra; y de aquí la grave cuestion sobre si la quiebra y por consiguiente sus efectos es un hecho que existe por sí mismo, independientemente de la declaracion judicial, ó si, al contrario, es de derecho; de tal modo que no produce efecto alguno legal, mientras que una sentencia no haya declarado su existencia. Jurisconsultos, cuya autoridad no puede ponerse en duda, haciendo consistir la quiebra en la cesacion de pagos, sostienen que es un hecho existente por sí mismo, que el juicio declarativo constata, pero no crea; un hecho que por sí solo produce ciertos efectos legales, aun cuando no tenga la misma importancia que la declaracion judicial, ni sean tan extensos sus resultados; que por lo tanto, los tribunales civiles, como los criminales, con motivo de un juicio contradictorio en que ese hecho se encuentre complicado, tienen autoridad para reconocerlo, comprobarlo y aplicar sus consecuencias, á los asuntos legalmente sujetos á su jurisdiccion (2).

(1) *Estudios sobre las quiebras.*

(2) DALLOZ, *Repertoire de législation,* verbo *faillite*, num. 119; RENOUARD tomo I, pág. 228, y los que citan.

La ley no ha consagrado esa doctrina; y considerando que el honor y el estado del ciudadano no pueden depender sino de las resoluciones de la justicia, dictadas con conocimiento de causa y despues de un detenido exámen, ha querido que la quiebra sea un hecho jurídico, cuyas consecuencias se hagan sentir cuando ha sido reconocido y declarado por el tribunal competente. Un comerciante que cesa sus pagos, se halla en estado de quiebra; pero esta no produce efectos legales, sino en cuanto interviene sentencia de juez competente que la declare (1). Es verdad que el hecho de la cesacion de pagos, carácter constitutivo de la quiebra, puede ser anterior al juicio que la declare; de tal suerte que ciertos efectos de la quiebra declarada pueden retrotraerse hasta la fecha en que el juicio declarativo señala como su principio, por la fijacion legal del dia de la cesacion de pagos (2), y en este sentido la quiebra es un hecho; pero es de derecho en el sentido que los efectos legales que de ese estado resultan, no pueden producirse sino cuando el hecho de la cesacion de pagos ha sido judicialmente constatado y reconocido por el tribunal, que en materias de comercio tiene jurisdiccion privativa (3).

Demostrado que la quiebra no produce efectos legales, sino cuando la autoridad judicial la declara, la exigibilidad de los créditos no vencidos no puede tener lugar antes que la declaracion de la quiebra por el juez de comercio; y el protesto formulado con anticipacion es nulo, porque no se ha efectuado dentro de

(1) Art. 1521 del Código.
(2) Art. 1532 del Código.
(3) Massé, tomo III, num. 214.

las veinte y cuatro horas del dia del vencimiento de la letra, y la sentencia que así lo establece, ha aplicado, en nuestra opinion, con toda rectitud, la buena doctrina y la disposicion de la ley.

PROCEDIMIENTOS

I

COSA JUZGADA

¿ Puede oponerse esta excepcion como artículo de previo y especial pronunciamiento, antes de la contestacion á la demanda ?

En el largo pleito seguido entre los herederos de D. J. M. T... y los de M. A. D..., sobre propiedad de los campos conocidos con los nombres de *Rincon del Cardalito*, *Campo de las Perdices* y *Senos de las Encadenadas al Occidente,* despues de muchos años de debates, se pretendia reanudar el pleito fenecido al favor de una declaratoria hecha por una sentencia, que aun cuando recaia sobre un punto incidental, salvaba los derechos de los T... como sucesores de Ts..., en un terreno afectado por la mensura para los D..., que se habia discutido y aprobado judicialmente.

Pretendian los T..., que hasta entonces se habia discutido solo la posesion y que aun quedaba pendiente

la cuestion de propiedad que venian á promover, entablando en efecto demanda en forma.

Se opuso, entonces, sin contestar á la demanda, la excepcion de cosa juzgada en artículo de previo y especial pronunciamiento; y el juez rechazó la excepcion opuesta en tal carácter por el auto siguiente :

Buenos Aires, 29 de agosto de 1874.

Y vistos : Para resolver la articulacion promovida por los herederos de D. A. D..., en los escritos de foja doscientos setenta y trescientos tres, de no contestar la demanda, fundándose en la excepcion perentoria de *cosa juzgada* que al efecto oponen y

Considerando : Primero : Que si bien nuestras leyes no definen claramente si las de esta clase han de decidirse previamente á la contestacion de la demanda, atenta la aparente contradiccion antre las leyes 10 y 11, título 3°, partida 3ª, de las cuales la primera encarga á los jueces que aunque el demandado oponga la excepcion de falsedad por ejemplo « ú otras semejantes dellas » lo compela no obstante á que conteste la demanda y « vaya adelante en uno con el pleito principal », mientras la segunda de dichas leyes parece que admite aun las perentorias para resolverlas como artículo previo, debe tenerse presente sin embargo, que la práctica, la opinion de los jurisconsultos y la naturaleza misma de tales excepciones, hace que no pueda considerárseles con el carácter de previas al juicio principal, porque son la base y fundamento de la excepcion contra el juicio mismo instaurado, y como lo sienta el Dr. Esteves en su tratado de práctica en el número 271, fundado en la ley 10 citada, « en tal caso, se convierten en razon general de oposicion sobre lo principal y debe continuarse la discusion y trámite para resolver en sentencia definitiva ».

Segundo : Que de la misma opinion es García Goyena en el *Febrero* reformado, edicion de 1853, número 314, tomo IV, enseñando igual doctrina.

Por estos fundamentos, no ha lugar á la articulacion promovida, y evacue la parte de V. D. directamente y dentro del término legal el traslado de la demanda, oponiendo entonces, si viere con-

venirle la mencionada excepcion como fundamento general de oposicion para tenerse presente al pronunciarse la sentencia definitiva.

SALVADOR MARÍA DEL CARRIL.

Buenos Aires, 12 de setiembre de 1874.

Señor Juez de primera instancia :

D. I., D. P. y D. Z. V... D... en los autos seguidos con la sucesion de D. J. N. T..., como mas haya lugar á V. S. decimos :

Que se nos ha notificado el auto de V. S. foja 370 vuelta, en virtud del cual no se hace lugar á la excepcion de cosa juzgada, opuesta como artículo de previo y especial pronunciamiento, que sin contestar la demanda dedujimos, y manda V. S. que evacuemos directamente el traslado de la demanda, oponiendo entonces la mencionada excepcion como fundamento general de oposicion, para tenerse presente al pronunciarse la sentencia definitiva.

No puedo creer que tal doctrina haya sido establecida por V. S. como resultado de un detenido estudio del punto de derecho que envuelve, ni como el fruto de la reflexion sobre la naturaleza y objeto de la cosa juzgada. Quiero creer mas bien, que distraida la atencion del magistrado entre la multitud de asuntos que reclaman diariamente su despacho, y preocupado su espíritu por la oscuridad ó vaguedad de algunas disposi-

ciones legales, concernientes al punto, sobre la época del juicio en que deben oponerse la excepciones perentorias ó algunas de ellas, no se ha fijado que al redactar el auto de que me quejo, sentaba una doctrina que echaba por tierra la autoridad de la cosa juzgada y minaba por su base el sólido fundamento sobre que reposa la estabilidad de los juicios, y la pacífica conservacion de todos los derechos.

La autoridad de la cosa juzgada que ha dado orígen á este principio : *res judicata pro veritate habetur*, reconoce por fundamento la obediencia á las leyes; el órden y la conservacion del Estado, que no podrian mantenerse sin la sumision completa de los ciudadanos á las decisiones con que los jueces resuelven las cuestiones y diferencias que entre ellos ocurren.

Ciceron funda sobre todo en el respeto de la autoridad de la cosa juzgada, la estabilidad de los Estados. *Status Reipublicæ maxime judicatis rebus continetur* (1); porque ella se dirige á mantener la paz y el órden, base indispensable de toda sociedad civil. Es pues un motivo de conservacion social, de alto criterio público, el que ha dado orígen al respeto de la cosa juzgada, respeto tan cumplido y absoluto, que para guardarlo de todo ataque, de todo menosprecio, el derecho lo protege con una presuncion legal de verdad, por injusta y errónea que parezca, la sentencia definitiva del magistrado.

El jurisconsulto Paulo, explica con enérgico y elevado lenguaje, que ha merecido la admiracion de los siglos, esas razones de interés público en que se apoya la institucion civil de la cosa juzgada. *Singulis con-*

(1) *Oratio pro Sylla*, cap. XXII.

troversiis, singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit : ne aliter modus litium multiplicatus sumam atque inexplicabilem faciat difficultatem maxime in diversa pronuntiarentur. Parere, ergo exceptionem rei judicatæ frequens est (1). La utilidad pública, consiste en que si la cosa juzgada no detiene una vez irrevocablemente los procesos, jamás estos concluirian : *Nullus finis sit litium ; neque finis neque modus.* Un primer proceso, haria nacer un segundo, un tercero; y no pudiendo obtenerse justicia estable por medio de los tribunales cuyos fallos carecerian de vigor y de verdadera eficacia, los contendientes se verian reducidos á hacerse justicia por sí mismos, destruyendo así la sociedad, al violar la primera ley del estado civil.

Tales son el fundamento y objeto de la excepcion de cosa juzgada, desconocidos ó desvirtuados, permítame V. S. la observacion, en la doctrina del auto reclamado. Porque en efecto : si la existencia de la excepcion que ha terminado y concluido un pleito que se renueva por segunda vez, no puede comprobarse sino en la estacion general de la prueba; si es preciso alegarla como razon general de oposicion en la discusion de la causa ; y en fin, si el magistrado no debe tenerla en consideracion y resolver sobre ella, sino al decidir el pleito mismo, una vez concluso para definitivo, preciso es convenir que no llena su objeto porque no termina radicalmente los procesos.

Permítanos V. S. prescindir por un momento de la verdad de las cosas y aplicar en hipótesis la doctrina del auto de foja... al caso que nos ocupa. La misma

(1) Ley 6ª, tít. 2º, libro XLIV, Digesto.

cuestion promovida por la demanda de la sucesion T..., ha sido ya una vez resuelta y ventilada por los tribunales. Negada la justicia de la segunda demanda por los títulos y antecedentes que comprueban nuestra propiedad y por el respeto que una vez ha debido merecer la cosa juzgada, el juez imprimiria á la causa el procedimiento ordinario, y despues de la prueba, concluida la discusion, habria llegado recien para el juez la ocasion de apreciar si el pleito ha podido ó debido producirse! ¿Por qué se detendria allí nuestro colitigante, si el interés dominaba en su conciencia la voz de la justicia? Un tercer proceso se instauraria, en un todo idéntico al primero y al segundo, para oir por tercera vez en la época de la sentencia definitiva sobre lo principal, que existiendo cosa juzgada no ha podido promoverse lítis sobre la misma cuestion tres veces consecutivas. *Et sic de cæteris.*

Hemos querido hacer solo una aplicacion hipotética, porque en realidad la naturaleza misma de la excepcion de cosa juzgada, la ley y la opinion de los comentadores, haria siempre imposible una aplicacion práctica de la doctrina del auto de foja...

En efecto, si la cosa juzgada debe tener alguna eficacia, si ella debe responder al interés público de que emana, debe consistir necesariamente en la definitiva y completa clausura de los debates á que diera orígen la sentencia del magistrado; de tal suerte, que la aplicacion de la ley que hace el juez en su fallo, sea absoluta é irrevocable, terminando para siempre la cuestion promovida, é imponiendo con todo el peso de la ley y de la autoridad pública, inquebrantable respeto hácia la decision formulada. Si la cosa juzgada no hace imposible una reproduccion del pleito ya resuelto, carece

de objeto y de interés público; dejaria al instante de ser una institucion civil derivada como consecuencia natural, de la misma organizacion social; y lejos de mantenerse como un elemento indispensable de órden y de estabilidad, se convertiria en una fuente inagotable de perturbacion y de anarquía que minaria por su base todo principio de organizacion, y romperia todo vínculo de union social. Si ha de mantenerse como institucion civil, es necesario que conserve todos los caractéres propios de su naturaleza; que responda con precision y con verdad á los fines que la determinan, que llene en fin, en toda su plenitud los objetos que está destinada á conseguir.

La naturaleza, fin y objeto de la cosa juzgada, concurren á caracterizarla invariablemente como una excepcion; pero no llenaria aun todos sus requisitos esenciales, si esa excepcion no fuera previa al nuevo proceso que se iniciara sobre una cuestion ya resuelta por los magistrados; y si no exigiera un pronunciamiento especial para decidir de su existencia y aplicacion. No se pone en duda que la cosa juzgada constituye una excepcion; pero si esa excepcion no es previa, no evita la prosecucion de la nueva lítis, que continuaria su marcha ordinaria á pesar de haber sido opuesta al contestar la demanda; y si no recae sobre ella un pronunciamiento especial, tendria que decidirse con la cuestion principal, violándose así su naturaleza propia, la autoridad que la ley da al fallo de los magistrados, apartándose de su fin, la conservacion del órden por el respeto á la ley y á las decisiones de los jueces encargados de aplicarla; y contrariando su objeto, la terminacion definitiva de las cuestiones que se promuevan entre particulares y la estabilidad de los derechos

civiles. Hé ahí, señor, por qué la excepcion de cosa juzgada, puede y debe siempre, procediendo con rectitud, proponerse como artículo de previo y especial pronunciamento.

Los preceptos legales, por otra parte, no son menos precisos y concluyentes que las consecuencias lógicas derivadas de la doctrina de derecho sobre la cosa juzgada; y aun cuando es verdad que las leyes 10 y 11, título 3°, partida 3ª, no son bien explícitas sobre la época en que pueden oponerse las excepciones dilatorias ó mixtas, aun sobre las diferencias entre unas y otras, no es menos cierto que la regla aparece dominante y concluyente del conjunto de las disposiciones referentes.

La ley 8ª, título 3°, partida 3ª, dice que : « Conocen » á las vegadas los demandados, lo que les demandan » en juizio. Pero ponen luego defensiones ante sí, que » han pagado ó fecho aquello que les demandan, ó » que los demandadores les fizieron pleito que nunca » gelo demandasen. E por ende dezimos que en tales » razones como estas ó en otras semejantes de ellas, » que debe el judgador dar plazo al demandado á que » prueve la defensione, si lo probase débelo dar por » quito de la demanda. »

La ley confunde como se ve en una misma solucion, la paga ó cumplimiento de la obligacion, excepcion esencialmente perentoria, con el pacto de no pedir, excepcion dilatoria ó mixta.

Pero la ley 9ª siguiente restablece la verdadera inteligencia en estas palabras : « Defiéndense los demandados á las vegadas de las demandas que les fazen, » poniendo defensiones ante sí, que son de tal natura » que aluengan el pleito é non le rematan... E son

» estos como si algun ome fiziese pleito con su debdor,
» que los maravedís ó la cosa que le deuia, non gela
» pidiese hasta tiempo ó dia señalado, é despues desso
» gelo demandasse en juizio ante del plazo. O si empla-
» zassen alguno de tal judgador, de cuyo fuero non
» fuesse, ó si la una parte contradixesse la personería
» de la otra, mostrando razon porque non deue ser per-
» sonero, ó diciendo que la personería que trae non era
» cumplida segun derecho, é por ende que non era te-
» nudo de responder á la demanda que le fazen : que
» atales defensiones como estas *ó otras semejantes*
» dellas, poniéndolas el demandado ante que respon-
» da á la demanda, é averiguándolas deuen ser cabi-
» das. »

Todavía esta ley asimila la excepcion que resulta del término de la obligacion exclusivamente perentoria en cuanto á la demanda instaurada, á las demás verdaderamente dilatorias que refiere como ejemplo.

El mismo defecto se nota en la ley 10 siguiente :
« Defensiones ponen á las vegadas, dice, los deman-
» dados por si, ante que respondan á la demanda, di-
» ciendo que non deuen responder á ella, porque aque-
» llos que la fazen son sus siervos. Otro si es cuando
» alguno demanda la herencia de su padre, é le dize el
» demandado, que non es tenudo de responderle, ne-
» gando que el demandador es fijo de aquel por cuya
» razon la faze. O si por auentura pide alguna manda
» que dize quel fué dexada en testamento, e el deman-
» dado diga que non es tenudo de responder á ella, por-
» que el testamento fué falsado. E por ende dezimos,
» que por tales defensiones como estas, ó otras seme-
» jantes dellas, que los demandados pusiessen ante sí
» para embargar la respuesta, que non se deue el jud-

» gador detener por ellas de yr adelante por el pleito » principal ».

Gregorio Lopez observa con razon, respecto de la excepcion relativa al siervo, que lo contrario parecia inferirse de la ley penúltima. *Code his qui acus non poss* y de lo que en ella advierte Baldo, diciendo que la excepcion opuesta contra la personalidad del actor, impide el ingreso al juicio; y confirmábalo así el *que siendo esta excepcion de las dilatorias, debia impedir la contestacion del pleito.*

El insigne glosador de las Partidas, recuerda en seguida la formal y expresa disposicion de la ley 5ª, título 10 de la misma partida, concebida en estos términos : « Contece muchas vegadas que alguno mueve » demanda contra su contendor sobre alguna cosa que » dize que le deue, ó sobre otra cosa cualquier; e el » demandado razona é dize que non le es tenudo de » responder, porque es su siervo, ó de otri, é que » aquella demanda que le faze, non es de tal natura » que su siervo la pueda fazer en juizio. En tal con- » tienda como esta, ó en otra semejante della dezimos » que el judgador deue primeramente oir é saber si » este es siervo ó libre. E si fallese que es libre, deue » oir e librar la demanda del otro que lo hizo empla- » zar. E si entendiese que es siervo non ha porque yr » adelante por tal pleito, sobre que es fecha la deman- » da. » Contrariado por esta flagrante contradicccion de dos leyes del mismo Código, y no muy distante la una de la otra, prefiere declarar que la ley 10, título 3º, es derogatoria de la 5ª, título 10, á condenar el manifiesto error de doctrina que en el ejemplo padece la primera y que está salvado y corregido por la terminante disposicion de la segunda.

Todos los ejemplos de que se vale la ley 10, menos el que toma de la condicion servil del demandante, constituyen excepciones puramente perentorias, á las que es perfectamente aplicable la regla que establece. Ninguna observacion mereceria en rigor de doctrina esa ley, si se apartara ese primer ejemplo evidentemente citado por error, como un caso posible de aplicacion de la regla.

La ley 11 del mismo título y partida, habla de las excepciones que pueden aducirse antes que el pleito sea comenzado por demanda y por respuesta ó despues de traer como ejemplo la tacha de los testigos y la falsedad alegada de la escritura en que se funda la demanda, y declara que estas excepciones así como las que menciona la ley 8ª, se llaman en latin *perentorias*, « e son de tal natura que las partes las pueden » poner ante quel pleito sea comenzado por respuesta » é aun despues fasta que venga el tiempo en que quie» ran dar el juizio ».

El mismo error de doctrina que las leyes anteriores cometen, está tambien confundiendo los ejemplos de que se vale, excepciones que son puramente perentorias, como la falsedad y la tacha de los testigos, con excepciones dilatorias por su propia naturaleza, como la personalidad del demandante y el pacto de no pedir.

Otro error aun agrega esta última ley si se toma absolutamente el sentido gramatical de sus palabras, puesto que atribuye á todas las excepciones perentorias en general la condicion de poder oponerse antes de la lítis-contestacion ó despues de contestada la demanda, lo que solo es un atributo especial de las excepciones perentorias que se llaman mixtas y no de

las que solo pueden emplearse como razon general de oposicion á la demanda.

La jurisprudencia y la doctrina, sin embargo, han aclarado la confusa inteligencia que resulta de la ambigüedad de las disposiciones de estas leyes, y la opinion de los autores es uniforme en convenir que hay excepciones perentorias que sin perder este carácter pueden y deben oponerse antes de la contestacion de la demanda, porque importa una razon previa y fundamental para sustraerse al ingreso del juicio, para impedir la prosecucion del pleito; no pudiendo conseguirse este importante efecto que las caracteriza particularmente y distingue de las demás, sino haciéndolas objeto de un previo y especial pronunciamiento.

El sentido general y jurídico de las leyes anteriormente citadas, así como de otras terminantes y expresas, corrobora y confirma esa opinion.

« En otra guisa, dice la ley 7ª, título 16, partida 3ª, » sin las que diximos en la ley ante de esta, pueden » rescebir los testigos ante quel pleito sea comenzado » por respuesta. E esto seria cuando alguno pusiesse » contra defension, así como contra el alcalde que lo » ha de judgar diciendo que lo ha por sospechoso é mostrando alguna razon derecha porque non deuen responder ante el, ó si dixesse contra su contendor que » non le deue responder porque tal pleito fiziera con el » que non pudiesse demandar aquella que le demandaba, é que esto queria probar ó diciendo que ouieron » juicio afinado sobre aquella cosa que demanda. » Gregorio Lopez nota en estas palabras que como se ve por lo expuesto en esta ley, la excepcion de cosa juzgada y las otras que menciona impiden por derecho de las Partidas el ingreso al juicio.

Así, señor, si fuera de las reglas generales del derecho que sirven para apreciar qué clase de excepciones pueden oponerse como dilatorias requiriendo en tal caso producirse y resolverse como artículo previo de especial pronunciamiento, buscamos una ley expresa que así lo determina respecto de la cosa juzgada, podíamos invocar la ley 7ª que dejamos trascripta, que menciona esa excepcion entre las que pueden aducirse y probarse antes de contestada la demanda.

Hemos dicho antes, que esta es la doctrina sentada por la comun opinion de los autores y debemos por consiguiente demostrarlo.

El conde de la Cañada, en el capítulo IV, núm. 10, *Juicio civil*, dice textualmente lo siguiente : « Esta especie de confesion presunta por efecto de la rebeldía conviene con la real y efectiva en que por una y otra queda el reo excluido de proponer excepciones dilatorias, ó las que tengan fuerza de tales, aunque en su esencia y efectos sean perentorias. 2° En la primera clase está la excepcion de incompetencia de jurisdiccion, recusacion del juez, plazo no complido y otras de que tratan largamente : Salgado, *de reg. prot.*, parte 2ª, capítulo I, núm. 24; Paz, *Practica forense*, tomo I, parte 1ª, cap. XVIII, num. 14; *Curia Philipica*, parte 1ª, § 13, núm. 6.

» 12. En la segunda se consideran las de cosa juzgada, transaccion, pacto de no pedir, de las cuales tambien hay copiosos tratados; *pero estas pueden proponerse en calidad de dilatorias*, observando entonces el mismo tiempo señalado antes de la contestacion, porque con ella se entiende que han consentido en el juez y renunciado el beneficio que les competia para dilatar á otro tiempo la contestacion. »

El autor de la *Curia Philipica* sienta tambien terminantemente la misma opinion. « Tambien se pueden poner, dice en el núm. 5, § 12, del *Juicio civil*, por excepciones dilatorias la excepcion de lítis-finita, transaccion ó cosa juzgada que hubo sobre lo que se pide, ó decir que el rescripto sobre ello ganado fué con siniestra relacion, encubriendo la verdad segun una ley de Partida (1) y en ella Gregorio Lopez (2). Y lo mismo la excepcion de *non numerata dote* ó *pecunia*, porque estas excepciones son mixtas, perentorias y dilatorias y se pueden poner por tales, como alegando otros lo resuelve Paz. Estas excepciones dilatorias, agrega, y que se pueden oponer por tales, impiden el ingreso y prosecucion del pleito; *poniéndose* y *probándose* antes de la *contestacion* y dentro de los 9 dias en que ella se puede hacer. »

Caravantes, en su tratado histórico crititico de los procedimientos civiles, recorre (3) las leyes que han establecido las excepciones mixtas. « Nuestras antiguas leyes, dice, designaban algunas excepciones que siendo perentorias por su naturaleza, podian proponerse antes de contestar á la demanda, como las dilatorias, y decidirse como estas en un artículo previo, á la par que podian presentarse despues de la contestacion sustanciándose con lo principal del pleito. Recuerda la ley 235 del *Estilo*, que admite este procedimiento en los tres casos de consistir la excepcion, en cosa juzgada, transaccion y pleito acabado por jura; la 236 que establece tambien tres maneras de excepciones perentorias por

(1) Ley 7ª, tít. 16, partida 3ª.
(2) Glosa 2ª antes citada.
(3) Tomo II, pág. 107.

que se embarga la contestacion del pleito : 1ª la de cosa transigida y juzgada y terminada por juramento deferido; la 2ª el pacto de no pedir y la 3ª la prescripcion. *De re trancsata et judicata et finita per juramentum à parte delatam vel per actum de non agendo, vel per longam diuturnitatem temporis.* La ley 8ª, título 4º, libro V, del *Espéculo*, que designó anteriormente tambien como excepciones perentorias que podian proponerse antes de contestada la demanda, las de cosa juzgada, pacto de no pedir y prescripcion. Y menciona en fin las leyes 8ª, y 11, título 3º, partida 3ª, antes transcriptas, á las que es preciso agregar la 7ª, título 16, de la misma partida, que menciona la recusacion, pacto de no pedir cosa juzgada y transaccion.

« De estas disposiciones dice Caravantes, dedujeron los autores que podian proponerse antes de la contestacion todas las excepciones que aunque procediesen de la cosa que es objeto de la demanda, tenian por fin impedir que se sujetase á litigio, por acreditar la falta de accion en el demandante, por no haberla tenido nunca ó por haberla perdido. »

« La facultad de proponer estas excepciones, agrega, antes de contestar á la demanda, ofrecia la utilidad ó ventaja de evitar el procedimiento sobre el fondo del negocio, puesto que justificada la excepcion perentoria aunque se usara como dilatoria, no se limita como esta á dilatar la introduccion de la accion en juicio, sino que la impedia absolutamente, porque acreditaba la falta de accion en el demandante; así como las excepciones dilatorias, aunque se opongan al contestar la demanda como las perentorias, y aunque se tenga que seguir el pleito hasta su fin y se justifiquen, no extinguen la accion sino que solo libran de la instancia,

pudiendo volverse á entablar el pleito en cuanto se subsane el defecto que las produjo. »

Castro en su *Práctica forense*, profesa idéntica doctrina. « Las excepciones perentorias, dice (1), son las que se oponen con el objeto de destruir y extinguir enteramente la accion del demandante, cuales son las de dolo, de error, de cosa juzgada, de transaccion, de pago, de pacto de no pedir, de juramento deferido, *non numerata pecunia*, del senado consulto macedoniano, del veleyano, de prescripcion de la accion ó de la cosa (2), tambien se llaman mixtas, aquellas que se pueden proponer en fuerza de perentorias para extinguir la accion ó por modo de dilatorias para diferir el negocio.

El mismo autor agrega (3) : « Las excepciones dilatorias que conviene oponer primeramente, son las que conciernen á la persona del juez ó de la parte, como declinatoria de jurisdiccion ó competencia, para que no se presuma que se somete á ella, la de ilegitimidad de personería para evitar un juicio inútil. Tambien conviene anticipar la excepcion de no contestar á la demanda por transaccion ó cosa juzgada para impedir el ingreso del juicio y los perjuicios que de él se seguirian. »

Por último, y para cerrar esta lista de comentadores de nuestro derecho, mencionaremos la opinion del mismo doctor Esteves, que refiriéndose á las excepciones perentorias y apoyándose en la ley 8ª, título 3, partida 1ª; título 2°, libro III, *Ordenamiento real*, y

(1) Núm. 145

(2) Núm. 146.

(3) Núm. 149.

236 del *Estilo*, dice (1) que « versando estas excepciones acerca de lo principal, ó pueden alegarse al mismo tiempo ó como parte de la contestacion; ó tambien *puede formarse artículo previo* para que se declare la absolucion de la demanda y sin obligacion de proseguirse en todo su rigor de trámites, de modo que en este caso se recibe á prueba el artículo si es sobre hechos ».

Así, pues, no nos parece que pueda ponerse en duda, la doctrina legal profesada por la generalidad de los autores, sobre la facultad de alegar como artículo de previo y especial pronunciamiento, las excepciones perentorias llamadas mixtas entre las cuales figura indudablemente la de cosa juzgada.

No menos explícita que la doctrina es la jurisprudencia de nuestros tribunales, constantemente aplicada en casos análogos al que nos ocupa.

La excepcion de prescripcion treintenaria, ha sido objeto de una declaracion que la admite como artículo de previo y especial pronunciamento, como puede verse en la *Revista de legislacion* (2). Y recientemente y en aplicacion de la ley 7ª, título 16, partida 3ª, se ha declarado en última instancia por el Tribunal Superior, que la excepcion de transaccion puede oponerse como artículo de previo y especial pronunciamiento, en la causa seguida contra la testamentaría de D. F. A..., sobre peticion de herencia de hijos naturales, triunfando allí esta misma opinion, sostenida por el distinguido abogado que dirigia á la sucesion T..., al iniciar la demanda.

En conclusion, señor juez, si la naturaleza de la

(1) Núm. 267.
(2) Tomo VIII, pág. 5.

cosa juzgada, su fin y su objeto resisten con tanta energía, la solucion adoptada por el auto de que me quejo, y si esta solucion como queda demostrado, es abiertamente contraria á terminantes disposiciones de nuestras leyes, á la doctrina profesada por la generalidad de nuestros prácticos, y á la jurisprudencia de nuestros tribunales; tenemos derecho á esperar con confianza de la rectitud é ilustracion del magistrado que nos escucha, la revocacion del auto del foja..., interponiendo desde ahora en caso denegado el recurso de apelacion para ante el Superior Tribunal en su Sala correspondiente.

Es justicia, etc.

Otro sí digo : Que á mérito del poder recíproco, cuyo testimonio corre agregado á estos autos, se ha de servir ordenar que las ulterioridades del juicio se entiendan con cualquiera de nosotros (1).

(1) La Cámara de Justicia resolvió en esta causa de acuerdo con las doctrinas sostenidas por el Dr. Moreno.

II

VALOR PROBATORIO DE LAS CERTIFICACIONES

¿ Puede el escribano, en la actuacion del juicio, corregir por sí solo la fecha de una diligencia puesta por él ?

P. R... por D. J. de C..., en la ejecucion seguida contra los señores C... y P..., por cobro de pesos, como mas haya lugar á VV. SS. digo:

Que se me ha notificado una providencia por la cual, fundándose en el certificado del actuario sobre la equivocacion padecida en la notificacion de foja 12 vuelta, se deja sin efecto el auto de foja 16 vuelta, que mandaba llevar adelante la ejecucion, por no haberse presentado las excepciones dentro del término legal.

Una resolucion semejante que reviste la mayor importancia bajo la apariencia de referirse á un punto trivial del procedimiento; que destruye derechos adquiridos y produce la revocacion de una providencia que habia desechado las excepciones opuestas en el juicio

ejecutivo, y que ha sido dictada sin audiencia de las partes y sin mas prueba que la atestacion del mismo escribano, única justificacion del error que se dice padecido, merece una mas seria consideracion y un exámen detenido de la doctrina de derecho en que debe apoyarse.

Este exámen es tanto mas necesario, cuanto mas importantes son los efectos que está destinada á producir y los intereses que compromete, ligando como liga á su resolucion la instabilidad ó la firmeza de los actos mas trascedentales del procedimiento, que reposan todos sobre la fe pública del escribano. El punto de partida de todos los derechos que se relacionan con los términos judiciales, no tiene otra base, ni reconoce mas fundamento que la atestacion del escribano en las constancias que deja en el proceso de su marcha gradual, y del cumplimiento de las diligencias de que la ley ha hecho depender el ejercicio de las acciones.

Si la fe pública del escribano que fija invariablemente los derechos y las obligaciones de las partes en la lítis pendiente, es tan mudable y tan incierta como la voluntad personal del que hace uso de ella como depositario; y si en su ejercicio no tiene control establecido, medio alguno de vigilancia, ni reconoce tampoco regla alguna invariable que la determine y la fije para que sirva de norte á los litigantes, seria forzoso convenir en que á mas de la fragilidad de la base de que por la debilidad humana no ha podido prescindirse, la falta absoluta de todo sistema, habria librado sin restriccion ni límites á la debilidad, al capricho ó á la venalidad de un hombre, los mas graves intereses, los mas preciosos derechos que vienen en el foro á buscar la proteccion de las leyes y la decision de los jueces.

Resultados tan desquiciadores, tan opuestos á las mas sencillas indicaciones de la razon y del criterio jurídico, no puede ofrecer una legislacion tan extensa como la nuestra que ha recogido la experiencia de los siglos y formulado en preceptos las últimas conclusiones de la ciencia. VV. SS. me permitirán por eso echar una rápida ojeada sobre la doctrina de derecho que afecta la providencia á que me refiero, para ver si ella es conforme con los principios de que debiera ser una aplicacion.

Un primer principio de los que dominan la materia es que los actos emanados de los oficiales públicos, no pueden ser revocados por su propia voluntad, y sin intervencion ni consentimiento de las partes interesadas. Y siendo la notificacion de una providencia, un acto emanado de un funcionario público que liga y confunde á las partes interesadas en el juicio, y el punto de partida de derechos importantes que las leyes adhieren ó que hacen depender de ella, es una consecuencia lógica de ese principio que no puede ser alterada, ni modificada ó corregida, sin la intervencion de las partes litigantes que podrian en su caso exigir la prueba de los hechos que motivaran la modificacion ó correccion, y sin una decision del juez que comprobara la verdad de las cosas y la razon de la modíficacion introducida.

Un segundo principio dominante tambien en la materia, es que : el oficial público y los testigos que intervienen en un instrumento, no pueden contradecir, variar, ni alterar su contenido, á no ser alegando el dolo ó la violencia de que pudieran haber sido víctimas (1),

(1) Art. 14, tít. *de los instrumentos públicos.*

porque si el oficial público ó los testigos instrumentales, pudiesen por sus declaraciones ulteriores, contradecir ó alterar el contenido de un acto, no habria derecho alguno seguro constituido por instrumento público. No se sabria cuándo hablaban la verdad; si cuando bajo su firma asentaron lo que consta del acto, ó cuando ante el juez declaran que aquello no era cierto (1).

Siendo una notificacion un acto emanado de un oficial público, que hace plena fe en juicio, es y debe ser equiparado á un instrumento de igual carácter por la persona que lo autoriza, y por los efectos que está destinado á producir. En tal caso, la certificacion del actuario sobre la exactitud de las indicaciones de la notificacion, y dirigida á probar por sí sola un error que debiera corregirse, debia ser desechada; ya porque en el acto de la notificacion no interviene solo el escribano, sino además una de las partes que establece su posicion y al mismo tiempo la de su contra-parte; ya tambien, porque su declaracion es desechada *in limine* por la ley como contradictoria de su afirmacion escrita. ¿Cuándo ha dicho la verdad el escribano; cuando sentó bajo su firma que la notificacion habia sido hecha el 31 de marzo, ó cuando certifica que en realidad la hizo el 1° de abril?—¿Qué motivo, qué elemento de conviccion, puede invocar para inclinar la verdad en uno ó en otro caso, sino es la fe de su palabra, anulada por su propia contradiccion?

Cuando de esta manera desvirtúa el escribano la fe pública de que es depositario, cuando malgasta la autoridad de su afirmacion por su propia contradiccion, cuando hace nulo su testimonio por su propio hecho,

(1) Nota al artículo citado.

dejando al juez en la vacilacion y en la duda mas absoluta, la razon de derecho aconseja inclinarse mas bien del lado de la constancia escrita, que de la afirmacion ulterior que se le opone; y hay para ello razones de gran peso.

En primer lugar, antes de suscribirse una notificacion, han mediado ó debido mediar varios actos durante los cuales el error ha podido ser conocido. La notificacion ha sido escrita; ha sido leida en seguida por la parte á que se la hacia saber; ha sido en seguida firmada por el actuario; una notificacion igual y en el mismo dia, ha sido hecha á la otra parte; de tal suerte que si error hubiera habido, seria un doble error; y en todos esos actos, es presumible que si en realidad hubiera existido el error habria encontrado la ocasion oportuna de ser descubierto y corregido. Pero mas aun: entre la fecha de la notificacion que se dice equivocada, y aquella en que se pidió la correcion del error, han corrido diez y nueve dias durante los cuales el actuario ha tenido el expediente en su poder; y ha sentado varias diligencias, y entre otras las correspondientes al escrito en que se presentaron las excepciones, sin que notara el pretendido error, hasta el momento en que lo sugiere la parte contraria.

En segundo lugar, un error que se presenta recien cuando viene á hacer sentir sus consecuencias funestas á la parte que perjudica, y cuya rectificacion le restituye derechos irrevocablemente perdidos, es un error sospechoso, es un error que tiene todos los visos de querer predominar, para recuperar una posicion en el juicio que la verdad de las cosas habia cambiado totalmente.

Por otra parte, si hubo en realidad error, y si él fué

confirmado por la misma parte interesada en destruirlo hoy, la razon de derecho y los principios la condenan á soportar las consecuencias de su propia culpa ó de su lata negligencia; porqué era de su deber y de su derecho imponerse bien y detenidamente de la constancia del actuario antes de suscribirla, y porque si su falta de cuidado y de atencion la ha inducido á firmar una diligencia equivocada, que ha fijado los derechos de su contra-parte, que soporte ella sola y á su costa las consecuencias de su propia culpa.

Además, señores jueces, es una antigua doctrina de derecho la que ha fijado las reglas que deben aplicarse sobre los errores que en el otorgamiento ó redaccion de los actos públicos, puedan cometer los oficiales encargados de autorizarlos. —*Si librarius in transcri-* » *bendis stipulationis verbis errasset: fideiussor tene-* » *rentur*, decia la ley romana (1); y este principio de que el error del escribiente al extender las palabras de de la estipulacion, no impide que el deudor y el fiador queden obligados, siempre que pueda probarse el error por supuesto, ha servido de base á la teoría y á las reglas que determinan los casos en que pueda corregir el escribano el error propio en que incurra.

Mascardus, que es el mas antiguo escritor que especialmente se haya ocupado de este punto, nos dice: —1° que en general puede un escribano corregir su error en los casos de una redaccion impropia *velute in corrupto latine scribendi genere;* porque en tal caso la parte no tiene derecho de contradecir la correccion; —2° que si el error consiste en la omision del plazo ó de la fecha desde que debe contarse, y el escribano re-

(1) Ley 92, *De regulis juris.*

cuerda dicha fecha ó dicho plazo, debe creérsele, como debiera creerse al magistrado; pero que esta conclusion se limita y contrae al caso de que la fuerza de la obligacion no consista en el término, no siendo el plazo de la sustancia del instrumento;—3° que cuando el plazo es sustancial al instrumento, como en la accion hipotecaria, entonces no puede el escribano corregir el error á no ser que fuera probado;—4° que cuando el error consistiera en la omision del dia de la fecha pudiera corregir el error, porque no se entiende que el escribano cumple su oficio entregando instrumentos sin fecha; pero lo contrario debe decirse, si el error consistió en poner un dia por otro, ó un mes por otro, *quia tunc notarius non poterit se corrigere, nisi constet de errore per testes vel alio modo;* lo que debe entenderse siempre cuando la fecha fuere de sustancia como en el citado ejemplo de la hipoteca; porque si la fecha no fuere sustancial, podria corregir el error. (1)

Gregorio Lopez en la glosa 2ª á la ley 54, título 18, partida 3ª, dice expresamente que si el escribano se hubiere equivocado en la fecha, no podrá despues enmendarla, á menos que el error padecido fuese justificado por medio de testigos ó de otra manera, segun la opinion de Bartolo en el comentario á la ley 92 *de regulis juris*, antes citada.

De la exposicion de esta antigua doctrina, resulta claramente que la certificacion del escribano sobre su propio error en alguna cosa sustancial del acto jurídico que otorga, es de ningun valor, ni efecto para fundar una correcion que no puede apoyarse en su palabra, y que tendria que ser el resultado de otras pruebas concluyentes.

(1) *De probationibus*, conclusion 633, núm. 3 á 12.

Una última consideracion final.

Si fuera lícito al actuario corregir bajo su palabra las fechas desde las cuales se cuentan los plazos del procedimiento, declarando sobre propio error á instigacion de la parte que se encuentra perjudicada, no habria término fijo, ni derecho adquirido, ni seguridad de justicia, ni firmeza siquiera en las decisiones de los jueces, porque todo podria cambiar, término y derechos, á voluntad del escribano que afirmara haberse equivocado al expresar la fecha de una notificacion.

Antes que tan pernicioso y destructor sistema, pueda afirmarse en la práctica, he creido necesario sacrificar mi interés que me induciria en este caso á silenciarlo limitándome á pedir el rechazo de las excepciones opuestas; y he preferido llamar la atencion de los jueces sobre este punto de apariencia tan trivial, y sin embargo de consecuencias tan importantes.

Y como en el estado actual de la causa no podria pedir revocatoria de la revocatoria que VV. SS. han pronunciado y de la cual reclamo, vengo á deducir el recurso de apelacion en relacion que interpongo para ante el Superior en la forma de extilo, si VV.SS. no prefieren hacer uso de la facultad que les da la ley para dejar sin efecto *ex officio* la providencia de que me quejo.

III

DE LAS RECUSACIONES

La falta del depósito de la multa que debe hacer el recusante es justa causa para darlo por desistido de su recusacion.

Excma. Cámara primera de lo civil:

El procurador B...., por Dª B... B... en los autos seguidos con la empresa del tramway « 11 de Setiembre », como mas haya á V. E. digo:

Que á pesar de haberse notificado á la parte contraria el auto de V. E. por el cual se le intima que verifique el depósito de la multa, bajo apercibimiento de lo que hubiere lugar por derecho, no ha cumplido con dicho depósito, conservándose en la misma inaccion que ha comunicado á la causa desde hace mas de dos años.

En presencia de esta actitud de un litigante, que, queriendo apartar del juicio algunos de los jueces, en

cuyo imparcial criterio no tiene confianza, no pone en práctica, sin embargo, los medios legales de conseguir su intento y de ejercitar su derecho, deteniendo la causa, paralizando su tramitacion y causando graves perjuicios á su adversario, ¿ cuál debe ser la regla de derecho que determine una justa solucion y deslinde la posicion respectiva de las partes ?

Dos temperamentos se presentan desde luego, igualmente capaces de resolver la dificultad propuesta. El uno, consistiria en que el litigante perjudicado por la demora, iniciara un juicio ejecutivo para compeler á su colitigante resistente, á la satisfaccion de la obligacion legal, que es la condicion del ejercicio del derecho de recusacion que habia intentado producir en el juicio. El otro, seria simplemente reclamar la declaracion de caducidad de ese derecho, por la negativa contumaz de llenar las condiciones de que la ley hace depender su ejercicio.

Ningun texto se ocupa expresamente de esta dificultad; y buscaríamos en vano una regla escrita cuya aplicacion la resolviera directamente ; pero esa regla la debemos encontrar en la naturaleza misma del remedio de la recusacion, y en el espíritu de las leyes que la han rodeado de formas protectoras de la justicia y de los derechos que el uso abusivo de ese remedio podria conculcar.

« Es mucha peligrosa cosa, de haber ome su pleyto » delante del judgador sospechoso, dice la ley de Partida (1) ; y en esta razon poderosa se funda la facul» tad que los derechos conceden á todos los litigantes » de recusar á cualquier juez de quien tuvieren justas

(1) Ley 22, tít. 4°, partida 3°.

» sospechas, por elevado que sea. Es sin duda la re-
» cusacion uno de los medios de defensa natural, mas
» cumplidos y seguros, pues que como preventivo en
» precaver el daño, es mas ventajoso que los que se
» emplean en remediar el mal ya sucedido. »

Así se expresa el señor Castro en su *Práctica forense,* siguiendo la opinion de los antiguos escritores, que bajo las duras épocas de la opresion y con instituciones judiciales bien diferentes de las nuestras, miraban á la recusacion con todo el favor que mereciera un remedio tan eficaz para obtener una imparcial y recta justicia. La diferencia de los tiempos y de las instituciones modernas, las garantías constitucionales en la organizacion de la justicia, que en cuanto es posible aseguran su justa distribucion con medidas protectoras, y sobre todo, la responsabilidad judicial convenientemente reglamentada, contribuyen en la época presente á disminuir en mucho, ya que no á extinguir por completo, el favor que rodeaba á este remedio de la recusacion. Los efectos inmediatos que produce, ya con relacion al derecho ó al interés del colitigante, ya con relacion al interés social, entre los cuales uno de los mas temibles es la consiguiente desconsideracion de los magistrados, influyen para que, si bien no se extinga completamente, por lo menos se restrinja su aplicacion á aquellos casos que mas estrictamente la reclaman.

De todos modos, lejos de ser considerada en nuestra legislacion con el marcado favor que el señor Castro le atribuye, siguiendo el espíritu de la ley de Partida, numerosas limitaciones, condiciones, y medidas precaucionales, han sido adoptadas por las leyes posteriores para precaver los males que el uso indiscreto de

ese remedio, difundia en la administracion de justicia; y las leyes Recopiladas y de Indias procuraron siempre limitarlo encerrándolo en condiciones que aseguren la verdad de su aplicacion é impidan el agravio que su ejercicio produce.

Las leyes exigen en primer lugar, un juramento previo de no proceder maliciosamente, que es, al fin, una barrera, no tan insalvable como en otro tiempo, para los atractivos del interés y el anhelo del éxito en las luchas judiciales; pero que no deja por eso de ser en la generalidad de los casos, una defensa para la rectitud y la buena fe, que debieran presidir siempre en los debates del foro.

Limitan, en segundo lugar, el ejercicio del derecho de recusar en cuanto al tiempo, para impedir que se convierta en un recurso de mala ley, destinado únicamente á producir el efecto de alargar el pleito.

Exigen, en tercer lugar, causas determinadas en que únicamente pueda fundarse la recusacion, á fin de que no se haga valer por motivos fútiles, que la malicia sugiera, ni se convierta en una arma esgrimida por la mala fe contra la verdad, quedando despojada del carácter de medida protectora del buen derecho y de la recta justicia.

Reglamentan, en fin, el ejercicio de la recusacion y el procedimiento para sustanciarla, estableciendo penas pecuniarias para el caso de que no fueran probadas las causas alegadas; ordenando á los jueces que una vez producida la recusacion contra alguno, sean breves y sumariamente resueltas « sin facer autos ni procesos si tal sospecha es cierta, y verdadera ó no »; restringiendo en la prueba el término legal y el número de los testigos, y ordenando, en fin, que se deposite

previamente el importe de la multa en que caeria el recusante, si se juzgare no haber probado suficientemente la causa de la recusacion.

Las mismas leyes que contienen estas disposiciones, dictadas en diferentes épocas, acreditan el disfavor que gradualmente aumenta, á esta institucion de las recusaciones que, fundada como medida protectora, se convertia poco á poco, por la malicia de los hombres, en fuente inagobable de perjuicios para el honrado litigante y de descrédito para la administracion de justicia.

Bastaba al principio la garantía del juramento, sobre la verdad de la causa de la recusacion, y de no proceder con malicia, para que la recusacion deducida surtiera todos sus efectos, sin necesidad de alegar ni probar la justa causa en que se fundara. Muy luego, fué necesario establecer ya justas causas de recusacion. La ley del Fuero Real (1) las designa; y como en alegar y probar la causa de la recusacion, no fueran siempre escrupulosos los litigantes, que conseguian de esta manera impedir la terminacion del litigio y promover cuestiones que tardaran largo tiempo en resolverse, buscando mas bien mortificar al adversario con dilaciones y gastos, que un juez imparcial para la causa, la ley 1ª, título 10, libro II (R. C.), creyó deber ordenar un procedimiento breve y sumario para la discusion y resolucion del artículo sobre recusacion.

La ley 2ª del mismo título, dictada nueve años despues, agregó otra medida precaucional contra las recusaciones ilegítimas, imponiendo una pena pecuniaria que no debia exceder de treinta mil maravedís, al que

(1) Libro I, tít. 7º, ley 10.

alegando y jurando justa causa de recusacion, no pudiese probarla.

La ley 4ª siguiente reagrava todavía la pena pecuniaria, convirtiendo el máximum señalado en la ley anterior en cantidad fija, é imponiendo además la obligacion del depósito previo al conocimiento de la recusacion, pena que duplica, cuando la recusacion se produce en grado de revista.

La ley 17 del mismo título, en fin, duplica la pena por la falta de prueba en la recusacion deducida contra los jueces de los tribunales superiores, que eleva á sesenta mil maravedís, duplicándola tambien, respecto de los tribunales inferiores.

La ley de Indias, 1ª, título 1°, libro V, mantuvo estas mismas penas pecuniarias, duplicando todavía el máximum, cuando la recusacion era dirigida al presidente del tribunal.

El espíritu de estas disposiciones resalta al instante de su simple lectura. « Recusaciones ponen los deman-
» dados algunas veces contra los jueces maliciosa-
» mente, por no responder á las demandas que les
» son puestas », dice la ley 1ª Recopilada de que acabamos de hacer mencion.—« Porque muchos maliciosa-
» mente y sin justa causa se atreven á recusar á nues-
» tro presidente ú oidores ó á cualquiera de ellos,
» alegando algunas causas de recusacion que no son
» verdaderas, de lo cual se sigue grande impedimento
» en el proceder y en la determinacion de los pleitos, y
» redunda en injuria del dicho nuestro presidente y oi-
» dores, que así son injustamente recusados », agrega la ley 2ª. — « Porque sin embargo de lo que está pro-
» veido por leyes de nuestros reynos, observa la ley 17,
» todavía se hacen muchas recusaciones con malicia,

» con lo cual los pleitos se dilatan ». — « Porque las » recusaciones que se ponen á los de nuestros consejos » y oidores de nuestras audiencias, repite todavía la » ley 6ª, se procura toda dilacion, y es justo prevenir » la malicia de los litigantes ». La ley de Indias reitera las palabras de la ley 2ª de Recopilacion citada, como si quisiera inculcar en que al trasmitirse las disposiciones de las leyes de la Península al Nuevo Mundo, no se pudiera olvidar el motivo determinante de las reglas que establece, y los fines que el legislador se propusiera conseguir.

La experiencia acreditaba, marcando sucesivamente los resultados de la observacion, que el remedio tan natural y legítimo de proteccion para la justicia en sus calidades mas esenciales, la rectitud y la imparcialidad, se habia convertido en arma de la mala fe, en agravio del buen derecho, en menoscabo del respeto á las leyes. Los progresos del mal, se encuentran señalados, cronológicamente puede decirse, por las disposiciones del legislador para detenerlo ó extirparlo.

El mismo conde de la Cañada que tan favorablemente consideraba la recusacion, y cuyos conceptos sobre su importancia y sus caractéres repite el señor Castro haciendo suyo el pensamiento de aquel eminente escritor, lamenta el espíritu de rutina que induce á seguir ciegamente y sin la debida crítica las instituciones de la antigüedad, impidiéndose así el adelantamiento y progreso tanto mas necesarios, cuanto mas reclamados por la diferencia de los tiempos, de las costumbres y de las necesidades sociales.

« Los jueces ordinarios, dice aquel profundo escri- » tor, son acreedores de justicia por una presuncion » poderosa á que se consideren con la integridad y

» justificacion necesarias, para llenar las obligaciones » de su oficio; y por estos respectos, deben ser tratados con honor en las palabras y en los hechos, corrigiendo y castigando á los que de cualquier modo » se excedan injuriándolos, como se dispone tantas » veces en las leyes del reyno y en los Cánones.

» Quien recusa al juez, duda de su integridad, y » empieza desde aquí la injuria; pues lo considera fácil » á desviarse del camino recto de la integridad y justicia, por causa y motivos que ó no deben imputársele ó deben ser despreciados. Esta es una proposicion en que convienen las leyes y los autores (1).

Tres condiciones exigen las leyes citadas para que la recusacion proceda y surta los efectos propios de su institucion : el juramento, que garanta la buena fe del recusante; una justa causa, que probada, diera suficiente motivo para la separacion del juez; y el depósito previo de la multa con que la ley pena la audacia del litigante que sin prueba suficiente de la causa que alega, injuria al magistrado y perjudica la tramitacion de la causa. Esas tres condiciones son previas y anteriores al conocimiento y decision del incidente sobre recusacion : son limitaciones prudentemente impuestas por las leyes á la facultad de recusar, son por consiguiente indispensables para que el juicio de la recusacion pueda intentarse útilmente.

En efecto, cualquiera de ellas que falte, la recusacion es legalmente inadmisible, y no puede por lo tanto ser admitida. Es inadmisible, cuando el recusante se niega á prestar el juramento que abona su buena fe, y es garantía de que no procede con ánimo

(1) *Juicio civil*, parte primera, cap. VI, núm. 7 y 8.

de perjudicar ni á la reputacion del juez ni á su colitigante, sino en uso de un derecho legítimo y buscando una imparcial justicia. Es del mismo modo inadmisible, cuando para la recusacion no se alega una de aquellas causas determinadas por la ley como capaces de producir la separacion del juez. Y debe ser igualmente inadmisible, cuando el recusante se rehusa á verificar el depósito previo de la multa determinada, porque es esta una condicion indispensable impuesta por la ley al ejercicio de su derecho, y á cuyo cumplimiento no puede sustraerse.

Su negativa á cumplir esta condicion, no puede inducir presuncion alguna favorable, desde que no podria excusarse con la falta de fondos, sin haber comprobado su pobreza para litigar y haber obtenido la competente declaratoria. La presuncion que induce, es por el contrario, desfavorable respecto de la justicia que acompañe al ejercicio de la facultad de pedir la separacion del juez que se considera sospechoso, indicando suficientemente, que esa negativa tiene por causa la seguridad ó el temor de perder la suma importe de la multa, por falta de prueba de la causa alegada como fundamento de la recusacion. En cualquiera de los dos casos, certidumbre, ó temor, si el depósito no se verifica por resistirlo el recusante, el derecho para recusar fallece, porque los jueces no pueden dar tramitacion á la causa, ni admitir el juicio en que se ventile, ni resolver en definitiva por el resultado de la prueba.

Entonces, pues, deducida una recusacion en la cual no se quieran cumplir las tres condiciones de prestar juramento, alegar una justa causa, ó verificar el depósito, ó cualquiera de ellas, la recusacion es perfectamente inadmisible, y debe ser desechada si el recusante

persiste en su negativa despues de una intimacion en forma. Esa negativa, no puede ser considerada de otra manera que como un desistimiento de la recusacion, desde que el recusante debe saber que sin alegar causa justa, prestar el juramento y verificar el depósito, la recusacion es legalmente inadmisible; no puede sustanciarse y definirse, y por consiguiente, es tambien legalmente imposible. Luego, si intimado que jure no proceder de malicia, que exprese la causa de la recusacion, ó que verifique el depósito, se abstiene de cumplir cualquiera de estas condiciones legales, no puede entenderse otra cosa sino que desiste de la recusacion, porque del cumplimiento de esas tres condiciones, depende el ejercicio del derecho y la eficacia de sus resultados.

Tales son las conclusiones lógicas é ineludibles que encuentran su fundamento en la naturaleza de la recusacion y en las disposiciones de las leyes que la reglamentan, y determinan las reglas que presiden á su produccion en juicio.

El otro temperamento, de que hablaba al principio de este escrito, aunque salva la dificultad que paraliza esta causa, responde á un órden de consideraciones muy diferente. El litigante perjudicado por la recusacion, que introduce un incidente nuevo en el juicio, podria exigir que su adversario cumpliera compulsoriamente con las obligaciones legales que le impone la posicion que asume en la causa; y puesto que en la discusion y tramitacion de las cuestiones que versan sobre intereses privados, las leyes han impuesto reglas que confieren derechos á que corresponden obligaciones correlativas entre las partes, cada una de ellas puede y debe tener la facultad de compeler á la otra,

por la autoridad de la justicia, á que se someta á esas reglas, á que cumpla esos deberes.

Este principio, garantiria suficientemente la justicia del litigante que quisiera compeler á su adversario á satisfacer las obligaciones que imponen las leyes del procedimiento — ¿Pero es este por ventura el único temperamento que puede adoptar? ¿Estará obligado á prescindir de su interés y á compelerlo, aun respecto de aquellos deberes que no son sino condiciones impuestas por la ley para el ejercicio de los derechos?

Una respuesta negativa la pronuncia de improviso, cualquiera que tiene el mas ligero conocimiento de las reglas primordiales que rigen la sustanciacion de las causas y la razon filosófica del procedimiento en la administracion de la justicia. El simple buen sentido, basta por sí solo para demostrar, que la responsabilidad debe acompañar á la libertad que las leyes acuerdan á todo litigante, para poner en ejercicio aquellos medios, que en condiciones determinadas, las leyes les ofrecen, para obtener cumplida justicia, en la decision de su causa. Y puesto que cada uno puede escoger y adoptar aquellos de los medios legales que mas conducentes crea á la demostracion y reconocimiento de su derecho y á la satisfaccion que persigue de su legítimo interés, claro es que debe imputar á su propia culpa y soportar las consecuencias de sus actos, el que deliberadamente ó sin la competente seguridad y buen criterio, se equivoca en la eleccion de los medios, ó elige maliciosamente aquellos que no corresponden á la verdad de las cosas, y cuyas condiciones legales no podria satisfacer.

La recusacion, es un medio de obtener recta justicia, apartando del conocimiento de la causa al juez sospe-

choso de parcialidad; pero ese remedio no puede ponerlo en práctica el que no tiene justa causa que alegar y probar, para demostrar la sospecha que fundaria la separacion del juez; el que no puede garantir con el juramento su sana intencion de no proceder en manera alguna maliciosamente, y guiado por el deseo de injuriar al magistrado ó de perjudicar á su colitigante; el que no puede, en fin, hacer el depósito previo de la multa en que incurriria, si resultara improbada la causa de la recusacion; pena, con que la ley castiga al litigante temerario; precaucion que adopta, para evitar que la mala fe, acallando todo escrúpulo de conciencia para no dejarse guiar por otro móvil que el del interés, consiga al fin un éxito seguro, en su dañoso intento.

El resultado de la negativa á prestar el juramento ó alegar justa causa, seria indudablemente el rechazo *in limine* de la recusacion propuesta. —¿Por qué no habia de ser el mismo, cuando el recusante se niega á consignar el importe de la multa fijada?

El objeto de la multa y del depósito es, sin duda alguna, limitar la recusacion de los jueces á aquellos casos en que con toda buena fe y con toda seguridad cree el litigante que tiene derecho á deducirla, y fundada razon para obtener la separacion del juez. La resistencia á la consignacion decretada, acusa ya la mala fe del litigante, denuncia la inseguridad sobre el éxito de la prueba é induce la presuncion de que la recusacion es maliciosa, desde que se teme aventurar al resultado de la prueba la posesion de la suma que la multa importa.

Si la obligacion del depósito es una medida precaucional y preventiva, si con ella intenta la ley impedir en cuanto es posible las recusaciones temerarias, y si

por fin, ella importa una restriccion á la facultad de recusar que tan ampliamente acordaba la mas antigua legislacion, forzoso es reconocer, que una recusacion admitida y sustanciada sin llenar el requisito del depósito, es una recusacion contraria al espíritu de la ley y violatoria de los términos expresos con que exige, para sustanciarse, el depósito *previo* de la multa. En tales condiciones deberia ser siempre y necesariamente desechada,

No puede hallarse, por otra parte, razon alguna que determine al colitigante perjudicado por la demora que trae á la causa el incidente de la recusacion, á promover otro incidente mas, que contribuiria doblemente á demorar la causa, contra su derecho y contra su interés. La ejecucion para el pago de la multa necesariamente produciria esos efectos obligándolo además á gastos y diligencias cuyo término no es fácil prever cuando se tiene que luchar contra todos los ardides de la mala fe. Ni la razon, ni el derecho le imponen semejante conducta, y su interés le aconsejaria siempre huir de un temperamento que colmaria las aspiraciones de su adversario, porque le ofreceria por sí mismo y sin mayor esfuerzo de su parte, los mismos resultados que buscaba por medio de una recusacion injusta y temeraria. Si calculara en efecto demorar la causa por seis meses, mientras se ventilaba y decidia el incidente de la recusacion, la ejecucion para el depósito de la multa alargaria ese plazo no menos de seis meses mas, suponiendo ventajosamente que en tan corto tiempo pudieran vencerse todas las dificultades que se opondrian por ocultacion de bienes y por la realizacion de valores suficientes.

Es pues de todo punto evidente que aun cuando

tenga facultad para adoptar ese temperamento, la conveniencia, su interés bien entendido y los fines mismos de la justicia que busca, aconsejarian siempre al litigante perjudicado por la recusacion, desecharlo totalmente, para acogerse exclusivamente á la solucion de derecho que la ley pronuncia, contribuyendo así por su parte á que ella consiga el fin legítimo que la guia, para asegurar en este punto el respeto de la magistratura al mismo tiempo que una pronta y recta justicia.

Obedeciendo á estas indicaciones tan conformes con el derecho, tan acordes con su legítimo interés, mi parte, Excmo. Señor, pide á V. E. que haciendo prácticos los fines de la ley y efectivo el apercibimiento decretado, se sirva declarar sin efecto é insubsistente la recusacion deducida, mandando que la causa corra segun su estado.

PROCESO POLÍTICO

DE LOS

REVOLUCIONARIOS DE SETIEMBRE

DE 1874

CUESTION DE COMPETENCIA

Los señores general D. Emilio Mitre y doctores D. Manuel Quintana, D. Juan Cárlos Gomez y D. Domingo Frias fueron, con el Dr. Moreno, los defensores de los procesados políticos de 1874, que presentaron al juez de seccion el escrito que sigue. Las ideas en él manifestadas fueron acordadas por todos en las conferencias que tuvieron; pero, siendo necesario que uno de ellos las redactase, fué encargado de tal trabajo el Dr. Moreno. Este lo hizo así; y redactó el escrito que va á leerse; del que los tres capítulos que se señalan con una nota, pertenecen á la pluma del Dr. Gomez.

El *informe en derecho* que sigue despues de dicho escrito, fué obra exclusiva del Dr. Moreno.

CUESTION DE COMPETENCIA

I

Señor Juez de seccion :

Los infrascriptos, nombrados defensores del general D. Ignacio Rivas y de los coroneles D. Benjamin Calvete, D. Emilio Vidal, D. Julian Murga y D. Martiniano Charras, para el juicio en que deben responder de su participacion en los sucesos políticos, que terminaron por la capitulacion de Junin, presentando á V. S. las cartas que acreditan nuestro nombramiento, cuya autenticidad juramos, en la forma que mas haya lugar por derecho, decimos : que el señor presidente de la República ha nombrado, para juzgar á nuestros defendidos una comision especial de gefes militares, con la investidura de consejo de guerra ex-

traordinario; y siendo semejante tribunal, en caso de no ser inconstitucional, de todo punto incompetente para conocer del delito que se imputa á nuestros defendidos, ocurrimos á V. S. solicitando se sirva librar el correspondiente oficio al expresado consejo de guerra, con los testimonios de órden, para que se inhiba de entender en el enunciado proceso, y lo remita á V. S. sin mas trámite, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 45 y 46 de la ley sobre procedimiento en los tribunales nacionales, fecha 14 de setiembre de 1863.

I

CONSEJOS DE GUERRA

La existencia de una justicia especial y exclusiva para todos los individuos del fuero militar, era antiguamente reputada como una condicion indeclinable de la seguridad y de la fuerza de los ejércitos permanentes.

La España, cuya legislacion militar conservamos en gran parte, habia tratado de proveer á esa supuesta necesidad, confiando al capitan general, ó comandante en gefe, la decision de todas las causas civiles ó criminales de los individuos del ejército, ya fuesen oficiales ó soldados, siendo en realidad administrada la justicia por un auditor general, en quien el capitan general, ó comandante en gefe, delegaban el ejercicio de sus atribuciones respectivas, y quien tenia, á la vez, subdelegados bajo su inmediata dependencia, en la forma establecida por la ordenanza de 1587.

El consejo de guerra, como tribunal del fuero militar, debe su orígen á la ordenanza de Felipe V, de 28

de diciembre de 1701, por la cual concedió como una graeia á los tercios y regimientos de infantería, caballería y dragones, que pudieran juzgar de todos los delitos cometidos por individuos del ejército desde cadete y sargento inclusive abajo.

Posteriormente, por resolucion fecha 20 de agosto de 1771, comunicada á Indias en 1° de mayo de 1780, Cárlos III, corroborando la ordenanza de Felipe V, prohibió á los coroneles y demás gefes del ejército imponer, sin previa sentencia del consejo de guerra de oficiales, pena alguna aflictiva de baquetas, presidio, obras públicas ú otra cualquiera afrentosa ó de carácter grave.

Y por último, el mismo Cárlos III, despues de reorganizar en sus célebres ordenanzas de 1768 los consejos de guerra de capitanes, organizó, tambien, los consejos de guerra de oficiales generales, nombrados por la autoridad militar superior, para todos los delitos de gefes y oficiales que tuvieran conexion con el servicio militar, dejando los delitos comunes sometidos á la jurisdiccion del capitan general, y debiendo el proceso ser formado por el auditor de guerra.

Así pues, el establecimiento de los juzgados militares, en las condiciones de la ordenanza del ejército, supone la existencia de *un fuero personal*, que separa de la justicia ordinaria las personas y derechos de los que lo gozan, importando la creacion de una justicia particular, para una clase dada de ciudadanos.

Del mismo modo, los consejos de guerra de oficiales generales, con arreglo á la ordenanza, envuelven entre nosotros la creacion de comisiones especiales, con personal designado *ex post facto*, con un cometido puramente accidental, como jurisdiccion sujeta á revi-

sion del superior, y con dependencia completa del comandante en gefe del ejército.

¿Su existencia, su organizacion y atribuciones, son por ventura conciliables con la índole general de las instituciones que nos rigen, y con los preceptos especiales de la Constitucion vigente, que abolió todo fuero personal, que condenó los tribunales extraordinarios, que consagró la independencia del poder judicial, que extendió su jurisdiccion á todas las causas regidas por una ley de la nacion, y que prohibió que en ningun caso pudiera el presidente de la República ejercer funciones judiciales, ni arrogarse el conocimiento de causas pendientes, ó restablecer las fenecidas, como expresamente lo estatuyen los artículos 16, 18, 94, 95 y 100 de dicha Constitucion?

Tan grave y trascendental cuestion, que distinguidos jurisconsultos y criminalistas han resuelto por la negativa, no ha sido definitivamente decidida en favor de la constitucionalidad de los consejos de guerra por el artículo 7° de la ley sobre competencia de los tribunales federales, y segun el cual, la jurisdiccion atribuida á la justicia nacional, en nada altera la jurisdiccion militar, en los casos en que, segun las leyes existentes, debe procederse por consejos de guerra.

Despues de esa ley, como antes de esa ley, la cuestion se halla intacta, y demanda á la justicia una solucion en último resorte; porque es un axioma de derecho constitucional, que el Congreso carece de facultad para dictar leyes ni para vivificar leyes preexistentes, en manifiesta ó latente oposicion con las prescripciones de la Constitucion nacional, que declara sus atribuciones y cuya valla no le es lícito salvar eficazmente.

La Constitucion es, y debe ser, sagrada para todos. fuera de los casos en que ella misma autoriza su reforma; porque el dia en que una autoridad cualquiera, Congreso, Corte Suprema ó presidente de la República, pudieran ampliar ó restringir sus preceptos, ese dia habria fenecido el imperio de las instituciones y empezado el reinado de la arbitrariedad.

Sin embargo, no siendo estrictamente indispensable para la defensa de nuestros representados, acusar de inconstitucionalidad radical los consejos de guerra y la ley de su referencia, no descenderemos al exámen fundamental de la cuestion apuntada, contentándonos con afirmar que, si el consejo de guerra de la ordenanza puede y debe subsistir, bajo nuestro sistema de gobierno, será únicamente como tribunal privado, como juez disciplinario, como un resorte de administracion de justicia interna, sin poder, ni mision para los actos de los militares que impliquen responsabilidades civiles ó criminales de carácter ordinario y de la jurisdiccion comun.

Por lo demás, nuestra prescindencia no llega hasta el punto de autorizar á la justicia federal, para aceptar como constitucional el consejo de guerra ordenado contra nuestros defendidos, y desligarlo del solemne compromiso de sostener en este caso la observancia de la Consiitucion nacional, prescindiendo, al decidir la causa, de cualquiera disposicion de los otros poderes nacionales que esté en oposicion con ella (1).

Así satisfechas las exigencias de la defensa con haber planteado el problema, poniendo los consejos de guerra de las ordenanzas militares frente á las pres-

(1) Ley sobre justicia nacional, art. 3°.

cripciones de nuestra Carta fundamental, á V. S. toca pronunciarse sobre la constitucionalidad ó inconstitucionalidad de esos consejos, que á menudo dejan de ser el guardian de los militares, para convertirse alguna vez en su verdugo.

II

RAZONES DE COMPETENCIA

Sea lo que fuere de la constitucionalidad de los consejos de guerra y del artículo 7° de le ley sobre juris-diccion y competencia de los tribunales nacionales, para nosotros está fuera de controversia y de dudas, que en ese artículo 7°, el Congreso solo se refirió á la jurisdiccion militar de los consejos de guerra, en los casos de los delitos que solo pueden ser cometidos por militares, y son aquellos en que el propósito y el objetivo de los delincuentes se limitan á sustraerse al cumplimiento de los deberes militares, por ahorrarse los peligros, las fatigas, las privaciones, las durezas de la subordinacion, la sumision continua de las pasiones á los rigores de la disciplina.

El Congreso no comprendió, ni pudo comprender en ese artículo 7°, que ha motivado la formacion de consejos de guerra especiales por el presidente de la República, los delitos comunes y los delitos políticos,

cometidos por militares, porque eso importaria, no solo restablecer el abolido fuero militar, sino transtornar, desde sus cimientos, todo el sistema de nuestras instituciones republicanas y democráticas.

Dar *competencia* á los consejos de guerra para juzgar delitos políticos y delitos comunes, á pretexto de la presencia de militares en la perpetracion de tales delitos, importaria ampliar desmedidamente la órbita de la autoridad militar, estrechar inmensamente la esfera de la ley comun, que es la garante de la libertad, perturbar el equilibrio constitucional del ejercicio del poder público, y subvertir las bases legales del órden, para sumergirnos en el caos de lo indefinido.

En efecto, la *competencia* es la extension ó medida de poder, dado á cada tribunal, á cada juez, á cada funcionario, por la ley ; es el círculo en el cual está circunscripto para cada autoridad el *derecho de juzgar* ó el *derecho de mandar ;* y es una condicion tan esencial de ese derecho de juzgar ó mandar, que es una regla de conducta, consagrada por la legislacion de todos los tiempos, « que cualquiera puede dispensarse » de obedecer á un juez, que quiera ejercer su juris» diccion fuera de su territorio, del mismo modo, que » al juez que pretende juzgar fuera de su competen» cia » (1).

Y esta regla explicada así por los modernos jurisconsultos, habia sido trasmitida mucho antes, por la ley romana, á la jurisprudencia de nuestros tribunales : *tenenda est hæc regula, quod, sicut magistratus extra territorium jus dicenti impunê non paretur, idem est si supra jurisdictionem suam velit jus dicere* (2).

(1) Solon, *Juridiction*, tomo IV, pág. 188.
(2) Ley 20, *De jurisdictionibus*.

La *competencia* de un tribunal, juez ó funcionario, no puede emanar, por consiguiente, sino de la ley; y seria completamente inútil toda discusion sobre este punto, si las leyes fuesen siempre claras, precisas, armónicas; si leyes incoherentes y contradictorias, provenientes de distintas épocas, y de diversos régimenes, invocadas y adulteradas muchas veces por intereses del momento ó pasiones de circunstancias, no dejaran en el vacío, todas las previsiones de los constituyentes y de los legisladores de los pueblos. Mas, como la ley no alcanza á resolver especialmente todas esas dificultades, nacidas de las variaciones de los tiempos, ó sublevadas por el choque de las opiniones ó de los intereses en pugna, debemos esforzarnos en pedir á los principios, que rigen nuestra existencia social y política, la solucion que, solo ellos, pueden y deben darnos.

Nos encontramos, efectivamente, en presencia de dos legislaciones, una calcada sobre las ideas y las conveniencias del despotismo, constituido en el régimen de la monarquía absoluta de derecho divino, que solo consagra la omnipotencia del monarca; y otra asentada sobre las bases de la libertad, que solo consulta la soberanía del hombre y del pueblo, en toda la plenitud de sus derechos, y solo se inspira en la conveniencia y en la necesidad de garantirlos contra todas las arbitrariedades del poder.

La primera, la ordenanza del ejército, nos dice : el militar es mi presa, para el militar no hay mas deberes que los señalados por esta ordenanza, no hay mas derechos que los que la subordinacion militar le deja. La segunda nos repite : que el militar es ante todo un ciudadano, con todos los derechos y prerogativas de la

ciudadanía, con la misma plenitud de facultad para ejercer esos derechos, y con la misma obligacion de cumplir los deberes que le son inherentes.

¿ Cuál de esas dos legislaciones rige los actos del *cuidadano militar ?* ¿ Cuál de las autoridades, creadas por cada una de esas legislaciones, contradictorias en orígen, en medios, en propósitos, en resultados, decide sobre el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes de los *militares ciudadanos ?* ¿ Cuál es la *competencia* que ha de juzgar sus actos complexos, en que aparecen envueltos derechos políticos y deberes militares, para que el militar no quede disminuido del ciudadano, para que el ciudadano no resulte absorbido por el militar ?

De las diversas causas de competencia, los legisladores, y los maestros de la ciencia del derecho, no hacen mas que una sola distincion : ellos han establecido, que un tribunal ó un juez es competente por *razon de la materia* que es objeto del juicio, ó bien *por razon de la persona* sometida al juicio ; distincion de alta importancia, dicen ellos, por los efectos que produce en la práctica ; pues siendo la *razon de la materia*, dependiente de la naturaleza del objeto del juicio, es de *órden público ;* mientras que la *competencia* por *la razon de la persona*, es establecida únicamente en el interés de la parte llamada ante la justicia á defenderse de la accion intentada contra su persona (1).

La ordenanza militar, posponiendo el *órden público* al *interés personal*, arrastra ante los consejos de guerra á los militares, porque son militares, por *razon de las personas*. El mismo hecho imputado como delito

(1) Carré, *Traité de compétence*, vol. III, pág. 245.

á nuestros defendidos, ha sido practicado conjuntamente por ciudadanos y militares. Ese hecho, el levantamiento en armas contra el ejercicio de los poderes públicos, lo están juzgando los tribunales nacionales, *por razon de la materia*, por la naturaleza del hecho, por el objeto del juicio. La causa de *órden público* está ante los tribunales nacionales. El consejo de guerra, arrancando de esos tribunales, en actual ejercicio contra los ciudadanos, á los militares coautores del hecho, materia del proceso que ellos forman, perturbaria el *órden público*, romperia la continencia del proceso, subordinaria á su jurisdiccion á la misma Corte Suprema de la nacion, pudiendo arrebatarle de un juicio, en que ella va á fallar en última instancia, con no contestada ni contestable competencia, á todos los que *trajeran* el uniforme del ejército, por una consideracion personal, por la única *razon de las personas* de los militares.

Nos vemos, pues, en la necesidad de preguntar á nuestras instituciones, lo que es el militar en la organizacion política de la República, y en el seno de la democracia, para evidenciar, que ningun fundamento puede encontrar en ellos la exhorbitante invasion, que amenaza hacer el consejo de guerra en el poder judicial de la nacion.

III

EL MILITAR SEGUN NUESTRAS INSTITUCIONES

Los principios que consagra la Constitucion, y las consecuencias lógicas derivadas de un sencillo razonamiento, legitiman el pleno ejercicio de los derechos políticos para todos los hombres que, en un país regido por instituciones libres, se consagran á la noble profesion de las armas. Ellos son capaces del voto activo, restringido únicamente para aquellos, cuya posicion respecto de sus superiores, los expone demasiado á soportar su influencia y á sufrir una injusta opresion, cuando haciendo uso de su libertad, quisieran resistirla. La restriccion, en tales casos, la adopta la ley, como una seguridad de la verdad del sufragio, que podria ser con frecuencia desmentida en el voto activo del soldado. Pero esta restriccion, establecida como una garantía contra los abusos del poder, no importa, en manera alguna, negar al militar su capacidad política, sin la cual no se comprenderia su

condicion social en un pueblo libre; no pasa de una mera limitacion en el ejercicio de esa capacidad, en un caso determinado y en una situacion especial. La ley ha previsto que el ejercicio de esa capacidad pudiera estar sometido al influjo de opiniones y de personas, cuya intervencion no podria admitir, sin viciar la fuente de donde emana toda autoridad y todo poder legítimo segun la Constitucion, la libertad del sufragio, y ha privado al soldado del voto activo.

Fuera de este caso excepcional, el militar tiene el pleno goce de los derechos políticos; él puede ser llamado á desempeñar los mas altos puestos del Estado, como cualquier otro ciudadano; puede recibir el mandato popular y ocupar dignamente un lugar entre los que tienen la augusta mision de dictar las leyes; puede ser llamado á desempeñar los mas altos puestos de la administracion pública y merecer el honor de verse designado para dirigir, como primer magistrado, los destinos del país.

« En la tierra de la libertad, dice Blackstone (1), es extremadamente peligroso hacer de la profesion de las armas una clase á parte en el Estado. En las monarquías absolutas es necesario, como una garantía de la seguridad del príncipe, y debe mirarse como una consecuencia del principio fundamental de su constitucion, que consiste en gobernar por el temor. Pero, en los pueblos libres, la profesion del soldado, considerada aisladamente, y como una profesion particular, debe inducir, y con razon, un justo motivo de desconfianza. Un hombre libre no debe tomar las armas sino con el fin de defender á su país y las leyes que lo rigen: no

(1) *Com.*, libro I, cap. XIII.

deja de ser ciudadano cuando pasa á alistarse bajo las banderas de la patria; precisamente porque es ciudadano, y porque quiere continuar siéndolo, empuña las armas y se hace soldado por algun tiempo, para constituirse en guardian de sus libertades.»

Para que el poder ejecutivo no pueda oprimir, dice el inmortal autor del *Espíritu de las leyes* (1), es preciso que los ejércitos que se le confien, se formen del pueblo y tengan el mismo espíritu que el pueblo; como sucedió en Roma, hasta los tiempos en que Mario, alterando la composicion de las legiones, alejó á los ciudadanos de las armas, y echó así los fundamentos de la tiranía militar que subsiguió. Conforme á esos principios, agrega Blackstone, de lo que mas debe guardarse un Estado libre, es de constituir la fuerza militar en un cuerpo distinto y separado del pueblo, completamente extraño á sus intereses y á su espíritu.

Estas ideas, tan exactas como generosas, que han sido consagradas por la Constitucion y elevadas á la categoría de preceptos, constituyen otras tantas garantías individuales, contra toda tendencia á desvirtuar la eficacia de las instituciones libres que la nacion ha adoptado para su gobierno. Y por eso, sin duda, en la República Argentina no hay fueros personales, ni prerogativas de sangre ni de nacimiento. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos, sin otra consideracion que la idoneidad (2). Por eso tambien todo ciudadano argentino está obligado á armarse en defensa de la patria y de la Constitucion, conforme á las leyes que al efecto dicte el Congreso y á los decretos del ejecutivo nacional (3).

(1) Libro XI, cap. XVI.
(2) Art. 16.
(3) Art. 21.

Así, no hay fueros personales que pudieran invocarse como una excepcion á la ley comun que rige á todos los ciudadanos en general, y que constituirian clases especiales y privilegiadas, en un Estado que no reconoce otra soberanía, que la soberanía de la ley, ante la cual todos los habitantes son iguales. Así tambien el ejército se compone del pueblo entero, cuyos ciudadanos todos están obligados á armarse en defensa de la patria y de la Constitucion, fiándose al esfuerzo y valor de cada uno la guarda y conservacion de sus libertades y sus derechos.

Esta condicion civil y política del militar bajo el régimen de nuestras instituciones, es bien diferente de la que crean las ordenanzas del ejército, dictadas por un rey absoluto, y que rigen por desgracia hasta ahora, entre nosotros, las relaciones del servicio militar.

El que abraza, segun ellas, la profesion de las armas, se consagra, no al servicio del pueblo sino al del príncipe, cuyas gracias y favor debe procurar con todo anhelo merecer, como el mayor timbre de honor á que pudiera ambicionar. El primer acto con que se inicia en la carrera de las armas es un juramento al rey de seguir constantemente *sus banderas*, y defenderlas hasta perder la última gota de sangre (1).

Gefes, oficiales y soldados hacen esta promesa en un acto público y solemne, que una ceremonia religiosa consagra, porque en su cumplimiento está interesada *la gloria del rey*, envuelto el crédito del regimiento y comprometido el honor de cada uno de los que lo componen (2).

El ejército pertenece al rey, no á la nacion; está con-

(1) Art. 4°, tít. 9°, tratado 8°, *Ordenanzas del ejército*
(2) Art. 22, tít. 10, tratado 3°.

sagrado al servicio de su persona y de sus intereses; su gracia, es la única ambicion legítima de los que le sirven; su voluntad absoluta y soberana, es la ley á que están sometidos; la mas completa y puntual obediencia á todas sus órdenes, constituye su único y primordial deber, del que emanan y al que se refieren, como consecuencias lógicas y necesarias, todos los otros deberes de su profesion.

El rey ha dictado las ordenanzas para reglamentar del modo mas conveniente su servicio; por eso, cuando se dirige á sus oficiales dándoles reglas generales de conducta, les dice: « Todo militar se manifestará siem-
» pre conforme del sueldo que goza y empleo que ejerce:
» le permito el recurso en todos sus asuntos, hacién-
» dolo por sus gefes y con buen modo: y cuando no
» lograse de ellos la satisfaccion á que se considere
» acreedor, podrá llegar hasta Nos con la representa-
» cion de su agravio; pero prohibo á todos y cada in-
» dividuo de mis ejércitos, el usar, permitir, ni tolerar á
» sus inferiores las *murmuraciones de que se altera el*
» *órden de los ascensos; que es corto el sueldo; poco*
» *el prest ó el pan; malo el vestuario, mucha la fatiga,*
» *incómodos los cuarteles;* ni otras especies que, con
» grave daño de mi servicio, indisponen los ánimos,
» sin proporcionar á los que compadecen ventaja
» alguna. Encargo muy particularmente á los gefes, que
» vigilen, contengan y castiguen con severidad conver-
» saciones tan perjudiciales.

» El mas grave cargo que se puede hacer á cualquier
» oficial, agrega, y muy particularmente á los gefes,
» es el no haber dado cumplimiento á mis ordenanzas
» y á las órdenes de sus respectivos superiores; la mas
» exacta y puntual observancia de ellas es la base fun-

» damental *de mi servicio*, y por el bien de él, se vi-
» gilará y castigará severamente al que contravi-
» niere » (1).

En fin, él impone al coronel como principales deberes de su empleo : « vigilar porque la subordinacion se » observe con el mayor teson; que la obediencia sea » exacta y bien sostenida; que cuantos soldados *Yo* » *pago*, sean útiles por todas sus circunstancias; que » la instruccion, disciplina, *conversaciones* y confianza » de oficiales, sargentos y soldados, sean con la pro- » lijidad y buen espíritu que requiere el honor *de mis* » *armas*. El mas grave cargo que se podrá hacer al coro- » nel será el de no dar, en la parte que le toca, puntual » y literal cumplimiento á todos los capítulos de mis » ordenanzas, y á las órdenes de los gefes que he » aumentado para darlas; el manifestar en sus con- » versaciones repugnancia en obedecerlas; el hacer crí- » tica de ellas, ó el permitir que sus subordinados la » hagan. Mantener su cuerpo subresaliente en la subor- » dinacion y disciplina, recomendará muy particular- » mente á *mi gracia para sú ascenso y concepto* al » coronel » (2).

La ordenanza contiene una bien completa coleccion de disposiciones penales, en las cuales están prolija y cuidadosamente previstos todos los crímenes, delitos ó faltas que pueda cometer un individuo del fuero militar, aplicándose para su represion las mas duras y severas penas, con el lujo de crueldad que caracteriza la legislacion criminal del antiguo régimen. Entre esos delitos, los mas graves, los que merecen las penas mas severas, son los que tienden á relajar el vínculo de obe-

(1) Art. 1°, 3° y siguientes, tít. 10, tratado 2°.
(2) Art. 1°, 22 y 23, tít. 16, trat. 2°.

diencia y completa sumision á la voluntad del monarca, los que constituyen un atentado á su sagrada persona, los que pueden perjudicar en alguna manera su real servicio.

Y no era solo esta legislacion penal, cruel y opresora si se quiere, pero al menos anterior y conocida, la que sujetaba al militar dentro los estrechos vínculos de una obediencia verdaderamente ciega y pasiva. Era la legislacion futura, la ley ignorada, y por eso mas temible; la ley variable, segun las circunstancias del hecho, del lugar, de las personas; la manifestacion de voluntad, que revistiendo la forma de una *real órden*, podia alterar en un instante el carácter de los hechos y la intensidad de las penas. Ninguna limitacion, ninguna regla moderadora de esta suprema autoridad, que pudiera contener su ejercicio y evitar las injusticias!

Señor y dueño absoluto, legislador y juez al mismo tiempo, concentrando en su persona todos los poderes sociales, todos los intereses de la nacion, el militar era un servidor del rey; él era el único dispensador de las recompensas y de los castigos; de él emanaba toda justicia, y su voluntad soberana era la única regla de conducta á que estaba sometido todo individuo del ejército, desde el simple soldado hasta el mas alto dignatario. Apoyado en el derecho divino, podria decirse de Cárlos III, lo que refiere Ulpiano de los emperadores romanos: *quod principi placuit legis habet vigorem;* sin que pudiera invocarse para dar un orígen popular y legítimo á esa omnímoda autoridad, la existencia de una *lex regia de imperio,* en virtud de la cual la voluntad del príncipe fuera reconocida como la fuente del derecho escrito y como la regla de accion de todos los súbditos.

Lamentando Blackstone que una ley del Parlamento inglés autorice al rey para dictar reglamentos que establezcan los delitos y las penas relativas al servicio militar, y abrigando la esperanza de una futura revocacion de esa ley, consigna en el mismo capítulo XIII, antes citado, estas notables palabras : « Una de las grandes » ventajas de las leyes inglesas es, que no solamente » los crímenes que ellas castigan, sino tambien las » penas con que los reprimen, son de antemano determinadas y conocidas; nada queda librado á lo arbitrario; el rey dispensa á cada uno por medio de sus » jueces, lo que la ley ha ordenado de antemano; pero » él mismo no es el legislador. ¡Cuánto es de sentirse, » pues, que una clase de hombres cuya bravura ha » preservado muchas veces las libertades de su país, » se vea reducida al estado de servidumbre en medio » de una nacion de hombres libres! porque, como nos » dice sir Ed. Coke, uno de los signos verdaderos de » la servidumbre, es tener por regla de nuestras acciones una ley precaria y desconocida, *misera est servitus, ubi jus est vagum aut incognitum*. Y este estado » de servidumbre no es conforme á las máximas de » gobierno observadas por otras naciones libres. Porque cuanto mas amplia sea la libertad general de que » goce un Estado cualquiera, con tanto mayor cuidado » se procura no introducir una especie de esclavitud, » en una clase ó profesion particular. Tales hombres, » como lo observa Montesquieu, testigos de la libertad » que otros disfrutan y de la que están excluidos, se ven » condenados á vivir, como los eunucos de los serallos » de Oriente, en un estado perpetuo de envidia y de » rencor contra los otros miembros de la sociedad, sintiendo un maligno placer en contribuir á la destruc-

» cion de las garantías y privilegios, de cuyo goce » jamás pueden participar. »

Ni aun este amargo reproche de Blackstone á la ley inglesa, merecen nuestras instituciones, porque es una de las atribuciones privativas del Congreso « fijar la fuerza de línea de tierra y de mar, en tiempo de paz y de guerra, y formar *reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos* » (1). Y si bien es verdad que podríamos lamentarnos con el eminente publicista y jurisconsulto inglés, de que una ley del Congreso no haya hasta ahora revisado y modificado las actuales ordenanzas y reglamentos del ejército, podemos aun consolarnos con la seguridad de que nada queda librado á lo arbitrario, que ningun poder ni autoridad militar podria establecer nuevos delitos y penas; que la dureza y excesiva crueldad de las antiguas leyes, están moderadas por disposiciones patrias de carácter general, mas en armonía con el espíritu de la civilizacion y la naturaleza de nuestras instituciones; y por fin, que estas no reconocen estado alguno de servidumbre de un individuo ó de una clase de individuos, cualquiera que sea su profesion ó su estado; y puesto que no existen fueros personales, ni privilegios especiales, ni desigualdad de personas ante la ley, todos son igualmente admitidos á disfrutar las ventajas como á soportar las cargas, que exige la conversacion y vigor de nuestras instituciones libres.

¡Cuán diferente, entonces, es la condicion política y civil del militar, segun la Constitucion, y segun los principios y máximas de la ordenanza española!

El militar entre nosotros, es el ciudadano á quien la

(1) Art. 67, inciso 28, de la Constitucion.

nacion ha entregado las armas para defender la integridad de su territorio contra los ataques del exterior, y el imperio de la Constitucion y de las leyes, en el interior. A él están confiadas la guarda de la Constitucion, el respeto á la ley, la conservacion de las libertades y garantías del pueblo, de que forma parte. Su primordial deber, cuyo cumplimiento garante bajo la fe del juramento, es defender la Constitucion y las leyes, á que está ligada íntimamente la existencia de la patria, contra cualquiera que osara conculcarlas, sirviendo así los intereses del pueblo, único soberano de que emana toda autoridad y todo poder constituido en el Estado.

Lejos de servir los intereses de una persona y de considerar las determinaciones de su voluntad como la única regla de sus actos, el militar argentino solo puede servir los intereses del pueblo, y únicamente puede considerar como regla invariable de sus actos las prescripciones de la Constitucion y las leyes, de que en ningun caso le es lícito prescindir, cualesquiera que sean las órdenes que reciba de una autoridad superior en gerarquía. El mayor crímen que pudiera cometer, es la traicion á la patria, es la violacion de la Constitucion, es el desconocimiento de la soberanía del pueblo, es en fin, la conculcacion de las leyes; porque entonces volveria sus armas contra su patria, habria violado la fe de su juramento y habria conspirado contra la naturaleza y fines de la institucion á que pertenece.

Esta responsabilidad personal del militar, en el desempeño de sus deberes, no se opone en manera alguna á la naturaleza de la institucion de un ejército permanente, en un país republicano y libre. Verdad es que exige una obediencia inteligente y razonada, por lo

mismo que es responsable, en un grado mayor que lo que fuera requerido en un país gobernado por una monarquía absoluta. En este caso, la voluntad del monarca, directa ó indirectamente manifestada, es la única regla de conducta, y el militar solo necesita ejercitar su criterio para persuadirse de la exactitud y legitimidad de orígen de la órden recibida, sin cuidarse de las consecuencias que ella pudiera ofrecer, ni detener su ejecucion por el juicio propio que llegara á formar sobre su conveniencia ó su conformidad con los intereses generales; mientras que, en el primer caso, el militar debe apreciar, so pena de comprometer su honor y violar el primer deber de su profesion, no solo si la órden recibida tiene un orígen legítimo, sino tambien si ella es conforme á la Constitucion y á las leyes; porque solo entonces le es obligatoria su observancia.

El militar argentino sabe que es un ciudadano, en el pleno ejercicio de sus derechos políticos; que la nacion le ha puesto las armas en la mano, para defender sus instituciones y su integridad territorial; que lo ha constituido en autoridad, y forma parte de la fuerza pública, para hacer prácticas y efectivas las garantías y prescripciones constitucionales; que su mision lo obliga á ser celoso guardian de las libertades públicas; y que siendo él mismo un hombre libre, solo está sometido en los asuntos del servicio público, que desempeña, á las personas que ejercen la autoridad, como mandatarios del pueblo, en el modo y forma que la Constitucion determina.

Así, antes de cumplir una órden, antes de ejecutar un mandato, él debe verificar : 1° Si la persona de quien lo recibe tiene, segun la Constitucion y las leyes, autoridad legítima para darla; 2° Si la órden contiene un

precepto relativo á los asuntos del servicio militar; 3° Si ella no impone una accion ú omision contraria á la Constitucion ó á las leyes; porque solo despues de este exámen puede apreciar si la órden que recibe tiene un orígen legítimo; si se refiere á los deberes de su profesion, y si le es permitido obedecerla sin cometer un delito de cuya ejecucion se haria personalmente responsable. Jamás podria cumplir una órden contraria á los preceptos y garantías que la Constitucion establece, ó que prescribiera un acto prohibido por las leyes, porque sabe que no hay persona alguna en el órden civil ó militar constituida en autoridad legítima, que tenga un poder superior al poder y autoridad de la ley; pues como lo dice el artículo 31 : « Esta Constitucion, las leyes de la nacion que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extrangeras, son la ley suprema de la nacion. » Jamás podria cumplir una órden semejante, porque sabe que, ejecutándola, habria cometido un delito previsto y castigado por la ley, respecto del cual no podria excusarse con la obediencia que debe á sus superiores; desde que esa obediencia solo puede referirse á los asuntos del servicio, que no puede nunca consistir en contrariar precisamente los objetos y fines de su institucion.

Se ha pretendido muchas veces legitimar la obediencia pasiva, como una condicion necesaria de la conservacion del órden y disciplina de los ejércitos; pero fuera de que, en rigor, esa teoría de la obediencia pasiva es moralmente falsa, ella seria de todo punto imposible en un país regido por instituciones libres.

Decimos que es moralmente falsa, porque jamás puede despojarse al hombre de su carácter moral y de la inteligencia con que Dios lo ha dotado, para conver-

tirlo en una mera máquina. Esa inteligencia, que obliga forzosamente al hombre á examinar sus actos, es, por otra parte, indispensable para el cumplimiento de los deberes militares, en cuyo favor se invoca la obediencia pasiva, porque esos mismos deberes requieren la aplicacion de la inteligencia y de la actividad del hombre, so pena de convertirlo en un elemento subversivo y disolvente de la institucion misma á que pertenece. Si la obediencia pasiva importa siempre el cumplimiento literal de una órden, sin reflexion ni exámen, su observancia seria con frecuencia un elemento de confusion y de anarquía. ¿Acaso no es preciso que algo quede confiado á la discrecion y buen criterio del que la ejecuta, por detallada y completa que sea la prevision del que la expide? ¿No es por ventura necesario que el que obedece conozca el mecanismo y los resortes de la administracion en que sirve, y sepa graduar la intensidad y el alcance de sus deberes, para no cometer un atentado contra los derechos que debe respetar? ¿La disciplina y subordinacion mas estricta, no supone el conocimiento de la gerarquía militar, para poder contener la obediencia en sus justos límites, para impedir los abusos de inferior á superior en grado, para que los detalles correspondan á la unidad del plan, para que la direccion sea eficaz y verdadera?

« No se reflexiona, dice un distinguido publicista liberal (1), al exaltar la obediencia pasiva, que los instrumentos demasiado dóciles, pueden ser empleados por todas las manos y dirigidos contra sus primitivos dueños; y que la inteligencia que lleva al hombre al exámen, le sirve tambien para distinguir el derecho

(1) Benjamin Constant, *Cours de politique const.*, cap. II.

de la fuerza, aquel á quien corresponde el mando del que lo usurpa. Ninguno duda, que en tésis general, la disciplina sea la base indispensable de toda organizacion militar; que la puntualidad en la ejecucion de las órdenes recibidas, sea el resorte necesario de toda administracion civil. Pero esta regla tiene sus límites : esos límites no se dejan describir porque es imposible prever todos los casos que puedan ocurrir; pero ellos se perciben, la razon de cada uno los advierte, cada uno los juzga, y los juzga necesariamente como único juez, por su cuenta y riesgos. Si juzga mal incurrirá en pena, pero jamás podrá conseguirse que el hombre pueda prescindir del exámen y pasarse de la inteligencia que la naturaleza le ha dado para conducirse, y de que profesion alguna puede dispensarse de hacer uso. »

Si la obediencia pasiva es en sí misma imposible rigorosamente hablando, lo es sin duda en todas sus aplicaciones en un país regido por instituciones republicanas y libres. No se concibe entonces la existencia del soldado máquina, ni una obediencia inconciente y ciega. Cada soldado, es un ciudadano, con iguales derechos y prerogativas que los demás, temporalmente modificadas por razon del servicio que presta y en cuanto son incompatibles con ese servicio. Se encuentra armado para mantener por la fuerza, en caso necesario, el respeto de esos derechos y prerogativas, que constituyen la libertad civil y política consagrada por las instituciones á cuya defensa está dedicado. Siendo la responsabilidad personal la regla invariable del ejercicio de toda funcion pública, en un país regido por el sistema representativo republicano, el militar necesita juzgar si la órden que recibe tiene un objeto contrario al que debe dirigirse el empleo legítimo de la fuerza de

que dispone, para no convertirse en reo de un delito y en agente destructor de lo que está encargado de guardar. ¿Cómo se explicaria en la República la existencia legal de una fuerza armada, que á la órden de su gefe prendiera al Presidente, disolviera el Congreso, dispersara los magistrados que desempeñan el poder judicial, sin incurrir en responsabilidad, porque la disciplina exige obediencia á sus superiores? ¿Mantendria y pagaria la nacion una institucion que en cualquier momento pudiera, sin cometer un atentado punible, convertirse en agente de su disolucion?

IV

EL MILITAR EN LOS PARTIDOS POLÍTICOS

La calidad de ciudadano, el ejercicio de los derechos políticos, los deberes y responsabilidades de su profesion, constituyen al militar juez de sus actos, lo confunden con el pueblo á que pertenece, lo arrastran á la vida activa; y lo hacen participar de todas las emociones, de todas las esperanzas, de todos los propósitos que alimenta y cultiva el hombre libre en el gobierno propio. Animado del mismo espíritu que el pueblo é interesado como cualquier otro ciudadano en la libertad y grandeza de su país, mas que otro cualquiera quizá, porque á esos grandes objetos ha consagrado su vida, no puede menos de comunicar con otros sus ideas sobre el interés comun, de unirse con los que participen de su opinion, y formar así en las filas de un partido político, que busque por el predominio de un principio ó de un sistema de ideas, el mejor medio

de promover el progreso del país y afianzar su libertad.

Afiliado á un partido político y obligado por la naturaleza de las cosas y los defectos de la condicion humana, el militar no podria sustraerse al influjo de las conveniencias y seducciones del triunfo, á la atraccion de los esfuerzos comunes, al respeto que le merezcan opiniones mas caracterizadas que la suya, á la necesidad de la union para alcanzar un éxito favorable, al calor del entusiasmo, con que sus amigos políticos inflaman su espíritu y se alientan mutuamente, para entrar con vigor en las lizas de la democracia. Una situacion semejante, puede poner sin duda en peligro su rectitud como funcionario, la integridad y firmeza de su carácter como ciudadano, la estricta imparcialidad de un hombre justo; pero estos inconvenientes son insuperables é inherentes á la existencia siempre necesaria de los partidos políticos, sin los cuales las instituciones carecerian del vigor con que deben sustentarse; la libertad, de la savia con que deben robustecerse; y el progreso social, de su fuente mas fecunda.

Que no siempre se adoptan los medios mas justos y convenientes, que el procedimiento empleado puede alguna vez conducir hasta donde no se habria pensado llegar para conseguir un fin legítimo, es un hecho comprobado por la historia de las luchas políticas, que constata por desgracia un defecto inherente á la naturaleza humana. Hay quienes piensan, es verdad, dice un distinguido hombre de Estado de los tiempos modernos (1) que : « se puede gobernar el mundo con intenciones puras y solo por la fuerza del razonamiento.
» Pero M. Wilberforce, ha dicho muy bien, hablando

(1) Lord JOHN RUSSELL, *Gobierno y costumbres británicas.*

» de la religion, el hombre no es solamente un ser in-
» teligente. *Video meliora, proboque, deteriora se-*
» *quor,* es una palabra que cada uno de nosotros ¡ay!
» puede aplicarse todos los dias. La mas ligera tenta-
» cion, es frecuentemente capaz de inclinarnos á obrar
» en oposicion con los mas claros razonamientos de
» nuestra inteligencia, con nuestros mas importantes
» intereses y nuestras mas firmes resoluciones. Estas
» observaciones se aplican igualmente, en diferentes
» grados, á todo lo que exige esfuerzos laboriosos,
» penosos y continuos, de que pueden apartarnos obs-
» táculos imprevistos ó las seductoras tentaciones del
» placer. ¿Qué deberemos hacer para alcanzar el éxito
» en una empresa necesaria y difícil? La respuesta es
» sencilla. Os esforzareis no solamente en convencer
» la inteligencia, sino tambien en conmover el cora-
» zon; y para conseguir ese fin, debeis acudir al poder
» de las pasiones. »

Despues de enumerar las ventajas y los inconvenientes de los partidos políticos, el mismo distinguido escritor agrega: « Pretendidos filósofos, formulan eter-
» nas lamentaciones sobre nuestras divisiones políti-
» cas y la luchas de nuestras elecciones. Las inteligen-
» cias elevadas comprenden, que allí está precisamente
» el arsenal de la libertad y de la propiedad nacional.
» En medio de las llamas y sobre el rojizo yunque,
» es donde la libertad recibe su forma, su temple y su
» fuerza. »

Así es como el militar, juntamente con el ciudadano, pueden verse arrastrados por la irresistible tendencia de los partidos políticos, hasta cometer actos punibles en el calor de la lucha y en el choque de las opiniones. Ligados por la misma idea, vinculados al lazo de una

opinion comun y guiados por el mismo propósito y los mismos fines ¿no será por ventura la misma falta, no será el mismo delito el que cometan en la comun empresa, el militar y el ciudadano? ¿Podrá ser distinta la culpa que cada uno cometa y la pena en que incurra? La Constitucion de la República habrá dicho para el ciudadano : *queda abolida la pena de muerte en materia política*, y levantará el patíbulo para el militar, tambien ciudadano, que, con la misma intencion, con el mismo propósito y con el mismo hecho, se rebela contra los poderes establecidos?

V

EL MILITAR EN NUESTRA HISTORIA (1)

Toda la gloria militar de la República es una gloria política. La grandeza de nuestros héroes, de las guerras de la independencia y de la libertad, estriba en que han sido hombres políticos, á la vez que guerreros, en que el soldado ha sido el corolario del patriota.

No hay un nombre venerando en los anales militares argentinos, que no sea el de un revolucionario, de *un rebelde*, de *un desertor* para las ordenanzas del ejército.

« Yo servia en el ejército español en 1811, dice el
» general San Martin, en una de sus proclamas; veinte
» años de honrados servicios me habian atraido al-
» guna consideracion : supe la revolucion de mi pa-
» tria, y al abandonar mi fortuna y mis esperanzas

(1) Este capítulo ha sido redactado por el Dr. D. Juan Carlos Gomez.

» solo sentia no tener mas que sacrificar á la libertad » de mi patria. »

Tradúzcanse estas nobles y hermosas palabras, nobles y hermosas, porque son la verdad moral de la conducta y del carácter del grande hombre, que ha merecido de la posteridad agradecida el renombre de *libertador*; tradúzcanse esas palabras al idioma de la ordenanza militar, y el consejo de guerra las convertiria en estas : « el general San Martin sirvió en el ejér- » cito, mereció durante veinte años la benevolencia y » el favor, con que fueron compensados sus servicios, » supo la rebelion, é ingrato á las mercedes dispensa- » das, y traidor á sus juramentos, *desertó* y *se rebeló*, » y merece por ende la muerte, la degradacion y la » deshonra. »

Alvear, el vencedor de Ituzaingo, fué tambien un *desertor* y un *rebelde* del ejército á que estaba ligado por sus juramentos, como Zapiola, como todos los gefes, que ilustraron la primera época de la revolucion, y hubieran sido mandados al patíbulo, despues de indignificados por la ordenanza militar y el consejo de guerra.

Paz y Lavalle, los paladines de la libertad, que salvaron el honor de la República, asumiendo contra la tiranía la representacion del pueblo, y probando que la tierra argentina no era patria de siervos abyectos que besasen humildes el oprobioso yugo del despotismo, serian del mismo modo para el consejo de guerra, aplicando la ordenanza militar, *rebeldes* y *desertores*, criminales indignos de vestir el uniforme del ejército argentino, que tiene hoy á gloria haberlos contado en sus hileras.

El coronel D. Ramon Masa, era gefe de fronteras,

como el general Rivas, mandaba como él las tropas que la guarnecian, y como él se rebela contra el gobierno establecido. La ordenanza militar lo declara *desertor*, *rebelde*, *perjuro*, *vil criminal*, y degradado el coronel Masa, es pasado por las armas; pero la conciencia del pueblo y la voz de la posteridad, proclaman á Masa *mártir de la libertad*, y al poder que lo sacrificó, con la ley militar en la mano, *asesino* y *verdugo!*

El general Urquiza acababa de orlar su frente con los laureles de Caseros, y la nacion agradecida lo aclamaba libertador, depositaba en sus manos el poder nacional, el mando de su ejército, la direccion de sus negocios. Un dia el general Urquiza invade, á pretexto del *interés nacional*, las prerogativas de una provincia, de la provincia de Buenos Aires.

El general Urquiza no era todavía *un tirano*. Pero el sentimiento público previó la tiranía, comprendia la urgencia de contrarrestarla en su primer paso, se persuadió que perdido el primer momento de salvacion, desperdiciada la oportunidad, el poder popular debia desmoralizarse, quebrantarse, abatirse; y despues seria tarde ya para luchar contra la tiranía, que concluiria por cimentarse, y repetir las sangrientas décadas de Rosas; y la revolucion de setiembre de 1852 se produce, marchando á la plaza de la Victoria una fraccion del ejército rebelado contra el gefe de la nacion y el general de sus tropas.

¿Y quién, señor juez, se hizo el representante del sentimiento público, para *rebelar* esa fraccion del ejército, para hacerla *desertar* de sus filas, y volver sus armas contra la subordinacion y la disciplina de la ordenanza militar?

¿Quién? — El íntegro, el virtuoso, el venerando patriota D. Valentin Alsina.

Era D. Valentin Alsina, maestro de la ciencia del derecho, gran sabedor de las leyes, modelo de ciudadanos, por la rígida severidad en el cumplimiento de los deberes, por la notoria sinceridad de sus opiniones, á que conformaba vigorosamente sus actos, por la alta probidad de su carácter, y la proverbial austeridad de su vida.

¿Pudo tal ciudadano á sabiendas cometer un crímen, digno de la pena de muerte y de la degradacion, arrastrar á cometerlo, á degradarse, á mancharse con la infamia, á honorables guerreros, que acababan de exponer su vida por libertar á la patria en la campaña de Caseros?

D. Valentin Alsina, que sabia bien las leyes, hubiera sido el mas indigno de los hombres, si hubiera inducido á violarlas con felonía y vileza á generosos y valientes soldados, abusando de la confianza que su saber y su autoridad moral, debian inspirarles.

A la voz, al consejo, bajo la inspiracion, y á cubierto de la responsabilidad del virtuoso ciudadano, vinieron á la plaza de la Victoria los gefes á la cabeza de los batallones, *desertando* con ellos del ejército, *rebelándose* con las fuerzas confiadas á su lealtad, contra el gefe de la nacion y del ejército, que no era todavía un tirano, tan solo por *una prevision política*, por evitar lo que debia ó podia sobrevenir, y el pueblo agradecido levanta hoy estatuas á D. Valentin Alsina, é inscribe su nombre en el catálogo de los patriotas virtuosos y de sus grandes ciudadanos!

VI

DESERCION

Demostrado por el sistema de gobierno republicano-democrático, por el modo de ser que ha creado á nuestra sociabilidad, y por nuestra historia, que el militar es, debe ser, y no puede dejar de ser un ciudadano, con todos los derechos y prerogativas inherentes á la calidad de ciudadano; que toma, debe tomar y no puede dejar de tomar parte en nuestra vida política, en los hechos de nuestos partidos, y participar de sus errores, de sus extravíos, á la vez que de su accion benéfica en los progresos de la libertad y en el desarrollo de la democracia; que á esa participacion deben nuestros militares los brillantes hechos con que han dignificado y encumbrado á la nacion, que no ilustrarian de cierto las páginas de nuestra historia y las tradiciones de nuestra existencia, si ellos no hubieran sido actores en nuestras gloriosas revoluciones, viene á ser hasta

una heregía política y constitucional excluir á los militares del juicio político, por la calidad de militar, por la *razon de las persona s.*

¿Y cómo puede suceder esto despues de cincuenta y tantos años de abolido el fuero militar por Rivadavia, despues de mas de una década de consagrarse esa abo licion por la Constitucion de la República, y de sujetos los militares á la justicia ordinaria en todos los delitos y hechos que no sean esencialmente militares?

¿Cómo la *razon de la persona,* que no seria en este caso mas que el fuero personal, puede arrancar de los tribunales nacionales á los que visten el uniforme del ejército, por su participacion en un hecho que esos tribunales están juzgando?

Nos cuesta, señor juez, dar á esta pregunta una respuesta que no parezca irrespetuosa ó sarcástica : tan poco digna de la seriedad de la justicia y de la ciencia, nos parece la argucia con que se humilla á la conciencia humana.

Para convertir todos los delitos en delitos militares, para excluir á los militares de la jurisdiccion comun, para restablecer su fuero personal, que hoy seria *servidumbre* y no fuero, pues tenderia á despojarlos de los derechos y de las garantías del ciudadano, y de la accion é influencia legítimas que en los destinos de la patria les dieron sus merecimientos y sus aptitudes; para reducirlos á siervos de la gleba *del cuartel* ó *del campamento,* no habria mas que pronunciar una sola palabra — *¡desercion!* — que podria servir de enseña á ulteriores cesarismos.

No hay delito comun, perpetrado por un militar, en que no concurra ó pueda concurrir la *desercion* para cometerlo, y no habria delito comun en que á pretexto

de *desercion*, no pudiese ser arrebatado el militar á los tribunales ordinarios, que son los representantes de la justicia social, y tienen la inmediata investidura de la soberanía del pueblo.

Indudablemente pueden concurrir dos delitos cometidos por una sola persona en un mismo acto. Un ladron roba y asesina á la vez y la justicia social aplica la pena del mayor de los dos delitos. Las doctrinas del cesarismo, que erigiendo en poder público, fuera de la Constitucion, al elemento militar, nos volverian á la cohorte pretoriana, con mengua del lustre del ejército republicano, establecen la similitud; y fundándose en que hay dos delitos, uno militar, la *desercion*, y el otro comun, y estando sujeto á mayor pena el de *desercion*, debe esta ser aplicada por los tribunales encargados de penarla, que son los consejos de guerra.

Este razonamiento arguiroso nos trasporta á los tiempos de los sofistas y de la escolástica; y la dignidad de la conciencia y el respeto á la inteligencia humana, oprimen el alma, con el dolor y la vergüenza de tener que descender hasta semejante dialéctica, al examinar y discutir las grandes conmociones de los pueblos.

La similitud carece hasta de sentido comun, señor juez de seccion. Hay dos delitos, cuando el uno es independiente del otro, cuando el perpetrador ha podido abstenerse de cualquiera de ellos ó de ambos, cuando en su intencion y propósito, que es lo que constituye la criminalidad ó delincuencia, ha entrado la perpetracion de uno y otro hecho, intencion simultánea ó sucesiva, llevada al acto de delinquir, ó nacida en el acto, ó á consecuencia del acto que constituye delito.

Pero no se da el caso de la duplicidad del delito cuando los actos son indivisibles é inseparables,

cuando el delito, que está en la intencion y en el propósito del delincuente, no puede perpetrarse sin practicar otro acto, que tomado aisladamente seria por sí solo otro delito diferente.

El militar no puede cometer el delito de rebelion, sin separarse de las fuerzas que sostienen al poder contra el cual se rebela, y esa separacion, que se quiere llamar impropiamente *desercion*, es tan inevitable y tan inherente á la rebelion, que esta no podria tener lugar sin aquella. El porte de armas es penado por nuestras leyes, lo es la violacion del domicilio, ¿y ha ocurrido jamás á juez alguno, penar al asesino por el porte del arma con que mató, castigar al ladron, por la violacion del domiclio de la casa que saqueó? Son instrumentos, son medios, *sine qua non*, de la comision del delito, como lo es la impropiamente apellidada *desercion*, sin la cual el militar se encontraria en la absoluta imposibilidad material de participar en una rebelion ó en una revolucion.

El sistema de tomar la pena como medida y criterio de la moralidad de los actos humanos, de calificar el delito por la *mayor pena*, infligida por leyes draconianas, á uno de los actos complexos é indivisibles, inherentes á su perpetracion, es digno de aquellos tiempos, en que dice Guizot, « se elogiaban como jus- » tos y populares á los príncipes que mas, y mas ru- » damente habian penado, comparados á los primeros » héroes de la Grecia, que se ocupaban en purgar á la » sociedad de gigantes y de monstruos, » de aquellos tiempos en que las torturas de la investigacion y el lujo de los suplicios, tanto mas atroces cuanto mas inútiles, desplegaban sus sangrientos furores, sin disminuir el número de las víctimas.

Estos sostenedores de la atrocidad de las penas, olvidan que « por la legislacion penal de una nacion se » puede juzgar del grado de civilizacion que ha alcan- » zado, y de la tendencia moral de su gobierno » (1). « Seria fácil probar, ha escrito Montesquieu (2), que » en todos, ó casi todos los Estados de la Europa, » las penas han disminuido ó aumentado á medida que » se han aproximado ó se han alejado de la libertad. »

« No os preocupeis de examinar la naturaleza in- » trínseca de las acciones humanas, exclamaba con » acerado sarcasmo un eminente criminalista de nues- » tros dias ; limitaos á averiguar si teneis poder : ¿ in- » teresa cortarle la cabeza á un hombre? ¡concluid de » ahí que ese hombre es un gran malvado! No puede » darse mayor desprecio por la especie humana, ni » tamaña pretension al despotismo en todo, hasta en » moral ! (3) »

Y si se considera, que entre las dos leyes que penan cada uno de los dos actos inseparables é indivisibles, la que pena la *desercion* es de los tiempos primitivos y bárbaros, está declarada caduca, á causa de su excesivo rigor, por nuestras leyes patrias (4), está condenada por la filosofía del derecho, y por la conciencia de la humanidad; y la otra ley es la Constitucion, es la ley nacida de los principios republicanos, de las ideas elevadas y generosas de la libertad, de los sentimientos y de las pasiones nobles de la democracia, es la ley, símbolo de nuestra civilizacion, expresion de nuestra época, fruto de la sobrerania popular; pretender que

(1) Chaveau.
(2) *Esprit des lois*.
(3) Rossi, *Droit pénal*.
(4) Reglamentos de 1813 y 1817

rija para apreciar la naturaleza intrínseca del acto, *rebelion* ó *revolucion*, por que están acusados nuestros defendidos. la ley de los reyes absolutos, y de la semibarbarie de los pueblos, es hacernos retroceder siglos y suprimir de nuestra política, y de nuestra legislacion, la Revolucion de Mayo, la Independencia, los sacrificios por la libertad y los colosales esfuerzos de sesenta y cinco años por fundar las instituciones libres, que hemos garantido por nuestra Magna Carta.

Hasta aquí hemos estado discurriendo en el supuesto de que en el acto de la rebelion ó revolucion *sub judice*, figure el hecho calificado de *desercion* de los gefes y oficiales.

Pero, aun este supuesto es falso.

No hay *desercion*, ni por las ordenanzas, ni por el ánimo é intencion de los rebeldes ó revolucionarios, ni por la naturaleza de las cosas.

El ánimo, la intencion, es lo que constituye y caracteriza el delito.

El que se rebela ó revoluciona, no lo hace con el propósito de ser vencido, espera triunfar, permanecer en su puesto, en su grado, por la victoria.

Desercion es huir del servicio de las armas. No huye el que las empuña para guerrear con ellas; no esquiva el servicio militar el que se ciñe la espada para combatir á los poderes constituidos.

Su ánimo, su intencion es permanecer y combatir en servicio de la nacion, segun sus ideas, sus errores ó sus extravíos. Y de hecho, y por la naturaleza de las cosas, el que se arma y combate en nombre de la nacion y de la patria, por extraviado que ande en su empeño, será todo lo que se quiera, menos un *desertor*, mientras no se suprima la conciencia humana, y

mientras los idiomas de los hombres, revelados ó convenidos, para expresar la verdad, representar la realidad, y determinar y calificar los hechos y las cosas, no caigan en la confusion de una nueva torre de Babel, por la adulteracion y el falseamiento de todas las nociones y el cinismo del fraude y de la mentira.

Por último, señor juez, aunque la *desercion* estuviera en la mente de los oficiales y gefes, y en la naturaleza de las cosas, aunque fuera un hecho divisible y separable de la revolucion ó rebelion en los militares, aun así mismo no podria hablarse de *desercion* en este caso, porque en la ordenanza militar no hay tal *delito de desercion de oficiales*, ni autorizacion á consejo de guerra de ninguna especie, á juzgarlo ó penarlo.

Solo una absoluta ignorancia de la composicion de los elementos militares y de las ordenanzas del ejército, ha podido inventar y fabricar el delito de *desercion de gefes y oficiales.*

La ordenanza militar no solo no lo menciona, pero ni aun lo presume; porque la ordenanza, al legislar, operaba como el médico sobre el cuerpo vivo, y no sobre enjendros de la imaginacion ó creaciones de la fantasía.

La *desercion* es el delito del soldado, que tiene *tiempo fijo* de servicio, que no puede separarse del servicio sin cumplir *su tiempo*, y que solo por la *desercion* puede escapar á sus molestias, ó á las penalidades de determinados cuerpos y de señalados gefes y superiores.

El oficial no tiene *tiempo fijo* de servicio, tiene el derecho de pedir su baja cuando el servicio lo fatiga, tiene el derecho de pedir el pase á otro cuerpo, cuando

el personal de aquel en que sirve le es insoportable. Así, respecto del oficial, la ordenanza previene todos los delitos que puede cometer sin mencionar la *desercion*, porque todos los actos mediante los cuales se separa de su cuerpo ó de su ejército, constituyen otros delitos prevenidos por la ordenanza : *traicion*, *rebelion*, *insubordinacion*, etc., etc.; *desercion* ¡ nunca ! Así al enumerar las facultades del consejo de guerra, que juzga á los oficiales, la ordenanza no incluye la de juzgar ni de penar la *desercion*, y un consejo de guerra, como cualquiera otro tribunal, no tiene mas jurisdiccion que la que la ley le acuerda, no puede extender su jurisdiccion á otros actos ó delitos, que aquellos que *expresamente* somete á la facultad de juzgar con que le inviste.

La invencion del delito de *desercion* de oficiales y gefes, que la misma ordenanza militar de los reyes absolutos, con toda su ostentacion de crueldad, no ha imaginado ni concebido, inútil para el rigorismo del servicio militar, desde que todas las faltas posibles de oficiales y gefes están comprendidas en la penalidad con otras clasificaciones, no tendria de consiguiente mas resultado práctico, que servir para arrancar á los militares de los tribunales ordinarios, restableciendo así de una manera indirecta el fuero militar, que extendiese á todas las culpas, ó á la mayor parte de las culpas de los militares, la jurisdiccion de los consejos de guerra.

¡ Y qué presente griego seria para los beneméritos *sucesores* de San Martin y Belgrano, de Paz y Lavalle, el restablecimiento del fuero militar de la ordenanza de Cárlos III ! Bajo el absolutismo de los reyes, en la esclavitud del pueblo, cuando los ciudadanos eran *va-*

sallos, cuando no habia para el hombre ni garantía ni dignidad, y la única ley de amparo era la *benevolencia* arbitraria, caprichosa y antojadiza del *amado monarca*, el fuero era una prerogativa, su salvo conducto, que colocaba al favorecido por un excepcion, algunas líneas arriba del comun nivel de los oprimidos. Pero, en los tiempos de libertad, bajo el imperio de una Constitucion que garante al hombre todos los derechos con que lo creó el Hacedor, cuando el individuo es un soberano en la órbita de sus derechos, el fuero, sacando al militar de la ley comun, convirtiéndolo en excepcion, vendria á despojarlo de esa soberanía de su derecho y de su dignidad y lo reduciria á la existencia automática de un mero *súbdito de la* ordenanza!

VII

REBELION. — REVOLUCION (1)

Al resonar los gritos del pueblo que se encaminaba á la demolicion de la Bastilla, Luis XVI, asomándose á uno de los balcones de su palacio, exclamó *¡una rebelion!* Larrochefoucauld, que se encontraba á su lado, le dijo: *No, sire, ¡una revolucion!*

¿Cuál es el criterio para juzgar una conmocion política, cuál es la medida de su trascendencia en los destinos de los pueblos? ¿Quién puede apreciar en la pantanosa laguna que sirve de madre al Misisipi ó al Plata, el tamaño de las moles de agua, que trasportan en sus corrientes los caudales de un mundo?

Nosotros, beneficiarios de las revoluciones, progenie de las revoluciones de 1810, de 1828, de 1840, de

(1) Este capítulo fué redactado por el Dr. D. Juan Carlos Gomez.

1852, ó mas bien dicho, de estos movimientos populares, que no son mas que el desenvolvimiento lógico y necesario de la revolucion de 1810, nosotros, no podemos permitir que se ponga en duda que la revolucion es un derecho de los pueblos, porque negarlo seria suicidarnos, sofocando el principio vital de nuestra nacionalidad, y condenando á muerte á todo lo que forma nuestra gloria y nuestra grandeza.

La apelacion á las armas, por parte de los pueblos, como el homicidio respecto de los hombres, puede ser un derecho ó un delito. Es un derecho cuando importa la defensa propia, la necesidad de la propia conservacion, la salvacion de la vida.

La vida del pueblo son sus libertades, sus derechos, sus garantías, sus instituciones, su soberanía. Un pueblo amenazado de muerte, en estos sus órganos vitales, tiene, y no puede dejar de tener, el perfecto derecho de apelar á la fuerza para repeler la fuerza que pone en riesgo su ser, y no está obligado, como dice la ley, que consagra los principios de la defensa propia : « á esperar que el otro le fiera primeramente, porque » podria acaescer que por el primer golpe que le diesse, » podria morir el que fuesse acometido, e despues non » se podria amparar » (1).

La revolucion de 11 de setiembre de 1852, glorificada por su posteridad, y reconocida como punto de partida de la libertad constitucional de la República, prueba la excelencia de la doctrina de la ley de Partida en la apelacion de los pueblos á las armas, en defensa de su soberanía ó de sus instituciones, *sin esperar* al golpe que puede herirlas sin remedio, y á la sola aparicion del peligro de muerte.

(1) Ley 2ª, tít. 8ª, partida 7ª.

Las tiranías no se implantan súbita é instantáneamente. Se elaboran paulatinamente, empezando por conculcar un derecho, por quebrar una legítima resistencia, por imponer un vejámen. Consentido el primer paso de la tiranía, tolerado el primer abuso, sufrida por el pueblo la primera humillacion, ella marcha por una serie consecutiva, por una progresion ascendente, acostumbrando al pueblo á la sumision, hasta forzarlo á doblar la rodilla ante el sombrero de Gesler, ante el caballo de Calígula, ó el Eusebio de Rosas.

La historia lo enseña. Los pueblos lo saben de memoria, mas que nosotros, por dolorosísima experiencia, y el admirable instinto de esa entidad llamada *todo el mundo*, los empuja, á menudo en la hora precisa, como en setiembre de 1852, á veces prematuramente, un dia antes, otras pasada la salvadora oportunidad, un dia despues; y casi siempre el éxito ó el descalabro de una revolucion, solo depende de la adivinacion del momento crítico.

¿El éxito ó el descalabro podrian constituir el derecho ó el delito de la revolucion? ¿La anticipacion ó la pérdida de un dia tendrian el poder de cambiar el derecho en crímen, ó el crímen en derecho? ¿La justicia seria cuestion de tiempo?

Por honor de la humanidad hay que rechazar tan monstruosa doctrina, tan desolante perversion de las ideas y de los sentimientos morales del género humano.

La justicia y el derecho son siempre la justicia y el derecho: el crímen es siempre el crímen. La perversidad prevalente y la virtud abatida, serán siempre para todos los corazones honrados, para todas las conciencias sanas, la virtud engrandecida por la adversidad,

la perversidad, tanto mas odiosa cuanto mas prepotente.

Alguien es, alquien debe ser el intérprete de este criterio respecto del bien y del mal, el órgano de esta conciencia de lo bueno y de lo malo, el juez de la justicia ó del crímen del levantamiento en armas, en pro ó en contra del derecho del pueblo.

Pero las instituciones republicanas y democráticas, no serian mas que una burla, si ellas hubiesen deferido al consejo de guerra un fallo que pronuncian en última instancia la conciencia pública, y la posteridad, en el futuro.

Los pueblos libres no lo serian, si para amparar con la razon de la ley su derecho de propia defensa contra los atentados de la fuerza, no tuvieron mas tribunal, que un tribunal de guerra, compuesto de los combatientes de la víspera, elegido *ad hoc* por el poder victorioso, sujeto á la atroz impasibilidad de la ordenanza y dependiente de la irresistible voluntad de sus superiores.

Nuestra Constitucion ha creado para los delitos políticos, otros jueces, á los cuales ha conferido la guarda de los derechos constitucionales, contra los avances de todos los poderes públicos; tan grande, tan alta, tan augusta mision alcanzará algun dia, hasta hacer imposibles los despotismos y las rebeliones, el empleo de la fuerza por los poderes públicos contra los ciudadanos, ó por los ciudadanos contra los poderes públicos, cuando, desde la eminencia de la justicia llegue á decirse á los gobiernos, *habeis despotizado* á los pueblos, *habeis anarquizado; absolviendo* al que ha empleado con derecho la fuerza para reprimir ó para resistir, y condenando al que la ha empleado en oprimir ó perturbar.

¿Y es esta magna *competencia*, de la alta justicia social y política, egida ciclópea de las instituciones de un pueblo libre, la que se pretende radicar en un deforme consejo de guerra, en nombre del pequeño y secundario interés de la disciplina militar, y por el raquítico pretexto de las personas y de los fueros?

Derribado el altar sagrado de la justicia, para el fallo de la razon ó de la sin razon de la apelacion á las armas, en las convulsiones de las sociedades, ¿qué queda de la religion de la patria en las materias políticas?

Nada mas que el espantoso *væ victis* de los antiguos romanos. *¡Ay! de los vencidos* del Quebracho, de Pago Largo, de Quinteros, de Vences y del Pocito! En las cabezas y en los pechos de los paladines de la libertad, quedará consagrado el derecho de la lanza y del cuchillo, contra los cuales la Constitucion fulminó su elocuente anatema.

VIII

LA MATERIA POLÍTICA (1)

No se engaña, no se impone á la conciencia de los pueblos y de los hombres. Póngase una montaña sobre la conciencia para aplastarla, y su poder de expansion levantará la montaña.

La conciencia individual y la conciencia popular han declarado que la rebelion ó la revolucion, como se quiera, de setiembre de 1874, si es un delito, es un delito político, y por consiguiente, que es política la *razon de la materia* que determina la competencia de los tribunales á quienes cumple juzgarla.

Lo ha reconocido y declarado el poder ejecutivo en sus relaciones internacionales, y lo han reconocido y proclamado las naciones extrangeras, en las contestaciones diplomáticas que motivaron esos sucesos.

Los actos, medidas y decretos del gobierno *interno*

(1) Este capítulo fué redactado por el Dr. D. JUAN CARLOS GOMEZ.

de la nacion, así lo han dejado bien establecido, dirigiéndose todos ellos á combatir, dominar y sofocar una *rebelion*, que es *materia politica*, esencialmente de la exclusiva competencia de los juzgados y Corte Suprema de la República.

El misma poder judicial lo ha resuelto así, abriendo el proceso á la rebelion ó revolucion de setiembre, y llamando á juicio á sus autores y cómplices.

El delito ó el hecho que se juzga es la rebelion ó revolucion de setiembre de 1874, ¿sí ó no?

Si es la revolucion ó rebelion, el delito, el hecho *sub judice;* si para el juicio de este hecho, que es *materia politica*, nadie niega y todos confiesan la *competencia* exclusiva del juzgado de seccion, en primer resorte, y de la Corte Suprema, en última instancia, ¿quién puede coartar ó restringir la facultad de juzgar á todos los que tuvieran participacion én el hecho que se juzga?

¿No es minorar el poder y la autoridad de esos tribunales, arrancar á su jurisdiccion, á estos ó aquellos partícipes del hecho comun que juzgan, á título de militares, eclesiásticos, exceptuados ó aforados?

La razon de la *materia* política, prima sobre todas las razones de personas ó de excepciones, porque la razon de la materia, para determinar la *competencia* es de órden público, es perpetua, hace insanable la nulidad de la *incompetencia* de los jueces, y no permite cerrar las sentencias con el sello inquebrantable de la *cosa juzgada*.

El fallo pronunciado en *materia politica* por un consejo de guerra, no haria jamás *cosa juzgada*. En cualquier tiempo vendria á ser anulado, por razon de la *incompetencia* del tribunal que lo hubiese dictado. El consejo de guerra con arrogarse jurisdicciones en ma-

teria política, no haria mas que suspender sobre su sentencia y sobre la responsabilidad de sus miembros, la espada de Dámocles del porvenir de las ideas.

El juicio político es un *juicio universal*, que trae á sí todos los accesorios é incidencias del hecho principal.

Desconocer esta *universalidad* del juicio político, este carácter esencial y distintivo de su naturaleza, es tentar inútilmente destruir la unidad indestructible de lo que la naturaleza hace uno é indivisible.

Una revolucion ó rebelion, es un hecho solo, como el árbol, por mas ramas en que se reparta ; como el rayo, por mas que parezcan desprenderse de él el relámpago, que es su reflejo, y el trueno que es su repercusion en el espacio.

IX

JUSTICIA MILITAR

SU FUNDAMENTO Y SUS LÍMITES

Un delito militar es caracterizado por la tendencia á quebrantar ó sustraerse al deber militar. La intencion de violar una regla de disciplina, de faltar á las leyes del honor militar, cual lo conciben y prescriben los reglamentos del ejército, á los fines de su institucion, es lo que constituye la naturaleza peculiar del delito, y lo distingue de los que establece la ley comun. De suerte que, para apreciar si un delito es puramente militar, basta examinar si el hecho ó la omision en que consista, es únicamente punible respecto del militar, ó si lo es igualmente respecto de cualquier ciudadano. En el primer caso, la legislacion propia y la jurisdiccion especial, es la legislacion y la jurisdiccion militares; en el segundo, la ley que rige el hecho, es la ley comun, y corresponde aplicarla á los tribunales ordi-

narios, ya sea el autor del hecho culpable militar ó ciudadano.

La ley de la provincia de Buenos Aires de 7 de julio de 1823, que antes que la Constitucion nacional, abolió en ese Estado los fueros personales, decia en su artículo 3°:

« El conocimiento de las causas que se formen para » la averiguacion y castigo de delitos que solo son tales » cometidos por un militar, queda sujeto á la jurisdic- » cion militar. »

Y esta distincion por la naturaleza del hecho y la sumision del militar á la jurisdiccion comun en todo lo que no se relaciona única y exclusivamente á los deberes de su profesion, está fundada en la naturaleza de las cosas, en las necesidades mismas del ejército, en las conveniencias mas evidentes del gobierno interior del Estado.

La legitimidad de una justicia militar no podria ponerse en duda. Ella es legítima, como ha dicho M. de Broglie, porque es necesaria. En efecto, la independencia de las naciones y el imperio de la ley en el interior, solo pueden ser eficazmente protegidos por los ejércitos, y estos no pueden existir sin el riguroso cumplimiento de las obligaciones y deberes que le son propios. Para asegurar su ejecucion constante es preciso pues, que una justicia firme y pronta, reprima á los que los desconocen. Puede agregarse aun, que la existencia de los tribunales militares, es una condicion necesaria de una recta distribucion de esta justicia; porque solo ellos pueden comprender bien, no solo los deberes que es necesario hacer respetar, sino tambien las circunstancias de la trasgresion que modifiquen su carácter.

Esta jurisdiccion excepcional se funda, pues, en una alta consideracion política, en una razon de Estado, la necesidad de asegurar la mision de obediencia y de sacrificios á que están consagrados los ejércitos; y en un principio de distribucion de la justicia, porque solo ante los tribunales militares los delitos disciplinarios pueden obtener buena y recta justicia.

Pero, puesto que solo de la necesidad deriva la legitimidad de la justicia militar, se debe concluir: que cuando no existe comprobada esta necesidad, esta legislacion especial cesa de ser legítima. Este es el primer principio teórico de la materia; y es evidente que cuanto mas dominen en el espíritu del legislador, las reglas del derecho comun, tanto mas estrechos y circunscriptos serán los límites de esta jurisdiccion excepcional (1).

No son estas, vanas especulaciones de un pensador extraño á las filas del ejército y al conocimiento de los secretos resortes por que se dirige la institucion. El mas grande capitan del siglo, el que dominó por la fuerza de las armas la Europa entera y eclipsó por su genio las hazañas de Alejandro y de César, decia en el Consejo de Estado, discutiendo el Código militar, y condenando la opinion de los que querian establecer un fuero personal para el ejército: — « Que la compe» tencia de la justicia militar, forme el objeto de un » título particular del Código. Que se adopten las defi» niciones de los delitos militares dadas por la Asam» blea Constituyente : que todos los delitos cometidos » por los ejércitos en campaña, sean juzgados en los » tribunales militares; que los delitos cometidos en

(1) Chaveau Adolphe, *Théorie du Code pénal*, tomo I, num 27.

» cualquiera otra parte sean juzgados por las Cortes
» imperiales; pero que el procurador general pueda
» remitir ante los tribunales militares aquellos que le
» parezcan ser de su competencia, y que esos tribunales
» los juzguen como por delegacion de las Cortes. La
» justicia es una en Francia; somos ciudadanos antes
» de ser soldados: si en el interior un soldado asesina
» á otro, ha cometido, sin duda, un crímen militar;
» pero tambien ha cometido un crímen civil. Es pre-
» ciso, pues, que todos los delitos sean primero some-
» tidos á la jurisdiccion comun, siempre que aparezca
» su competencia. »

Esta opinion de Napoleon I, no puede ser sospechosa, para todos aquellos que creen ver en el fuero personal del militar y en la amplitud de una jurisdiccion especial, uno de los resortes mas poderosos de la disciplina y de la fuerza de los ejércitos.

La abolicion del fuero personal entre nosotros y el fundamento de la jurisdiccion especial de la justicia militar, determinan por consiguiente las condiciones precisas de su competencia. Para que ella sea legítima, se requiere: 1° que el justiciable sea militar, estando excluido en todos casos y absolutamente el particular que no forme parte del ejército; 2° que el hecho de que se trata, solo constituya un delito militar, definido por las leyes del ejército. Cualquier hecho punible previsto y castigado por la ley comun, corresponde por su naturaleza á la jurisdiccion ordinaria, porque esta clase de hechos violan una relacion del órden moral y caen bajo el imperio de la ley comun, sin que en tal caso por su naturaleza, quede justificada la necesidad de una jurisdiccion especial.

Tales son las reglas que sirven para apreciar la

legislacion propia y la jurisdiccion competente que deben aplicarse á los delitos cometidos por individuos que pertenezcan al ejército. El lugar de la ejecucion del hecho, puede tambien tener alguna influencia sobre la competencia de los tribunales que deban juzgarlo; pero mirando la cuestion del punto de vista del fuero personal, la competencia por razon del lugar donde el delito se ha cometido, es agena á esta investigacion.

Segun esas reglas, el militar debe ser considerado bajo dos puntos de vista diferentes. Como militar, ha contraido obligaciones de un carácter especial, pertenece á una institucion que impone determinados deberes y preceptos, propios para asegurar sus fines. La falta de cumplimiento á esos deberes, la violacion de esos preceptos particulares del gobierno y régimen interior del ejército, deben sin duda estar sujetas á las penas, particulares tambien, que las ordenanzas y reglamentos establezcan para asegurar su eficacia.

Ninguna dificultad puede sentirse tampoco, para reconocer que los delitos disciplinarios, los delitos puramente militares, los que constituyen una violacion definida por la ley, del deber militar, los que solo tendrian un carácter de criminalidad cometidos por un individuo del ejército, sean sometidos á la jurisdiccion militar, la mas competente, sin duda, para apreciar en su justo valor, la naturaleza y caractéres del hecho culpable, la mas adecuada tambien, para garantir una buena administracion de esta justicia.

Pero fuera de estos casos, en que la excepcion queda justificada por la necesidad y por la naturaleza misma de las cosas, como nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, ó sacado de los jueces designados

por la ley antes del hecho de la causa (1), la jurisdiccion militar no es competente, ni para conocer de hechos punibles previstos y castigados por la ley comun, ni para juzgar en caso alguno á ningun ciudadano que no pertenezca á las filas del ejército, por razones de conexidad ó de complicidad de causa. La ley comun, tiene tribunales establecidos para distribuir la justicia segun sus preceptos: esos tribunales constituyen el poder judicial de la nacion; y solo á ellos exclusivamente corresponde *el conocimiento y decision de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitucion y por las leyes de la nacion* (2); sin que ningun tribunal especial ó comision establecida para juzgar, pueda arrogarse el conocimiento de las causas regidas por la ley comun, ni el derecho de interpretar y aplicar esta ley, sin hacerse reo de una violacion flagrante de las prerogativas con que la Constitucion ha querido garantir las libertades del ciudadano. Solo por medio de un abuso, que alcanzaria á la categoría de un atentado, podria un tribunal especial arrogarse el conocimiento de causas regidas por la ley comun, pretenderse autorizado para interpretar y aplicar las leyes generales, y para traer á su jurisdiccion las personas ó las cosas, que solo están sometidas á las leyes generales y á los tribunales ordinarios, establecidos por la Constitucion para administrar justicia.

De este principio, no podrian ser exceptuados los militares, que no dejan por eso de ser ciudadanos y de estar sometidos, como los otros miembros de la sociedad, á las leyes generales que rigen el país. Si llegan á ser acusados, tienen tambien, como los demás, dere-

(1) Art. 18 de la Constitucion.
(2) Art. 100 de la Constitucion.

cho á todas las garantías con que la ley premune la inocencia en peligro; si son culpables, solo á la justicia del país, á la justicia ordinaria, deben reparacion. La sociedad ha perdido su seguridad, dice Chaveau Adolphe, cuando la persecucion y castigo de los delitos que hieren el órden civil, no están confiados á los magistrados encargados de su defensa. Es preciso pues restituir á la jurisdiccion ordinaria, todos los delitos cometidos, aun por militares, contra las leyes generales de la sociedad.

Tan grande es esta prerogativa del ciudadano de no ser nunca sacado de sus jueces naturales, tan perfecta esta inmunidad de solo depender de la justicia ordinaria del país, en todos los casos regidos por la ley comun, que aun en las naciones donde el fuero personal existe respecto de los militares, como en Francia, la complicidad ó conexidad de una causa, en que haya justiciables militares y simples particulares, produce el efecto de poner en ejercicio la prerogativa de que estos gozan, de arrastrar ante la jurisdiccion comun á los procesados militares.

Combatiendo el elocuente Berryer en las Cámaras francesas, un proyecto de ley llamado de disyuncion, porque tendia á separar á los militares de los particulares, reos todos de un mismo delito, la sedicion de Estrasburgo, en que fué principal actor el que despues se llamó Napoleon III, con el objeto de que los primeros fueran juzgados por los tribunales militares, mientras que los segundos debian quedar siempre sujetos á la jurisdiccion comun, decia aquel eminente orador :

« Hay una regla tan antigua como nuestros tribu-
» nales, tan antigua como la justicia; y es, que todos
» los culpables de un mismo crímen, de un mismo de-

» lito, deben ser todos sometidos al mismo tribunal. » El sentimiento de la necesidad de esta regla, de tal » modo ha dominado á todos los legisladores, que can- » sados de las legislaciones excepcionales, han reco- » nocido que no quedaba sino un medio que adoptar, » una sola ley que hacer, una sola via de justicia á » seguir; y era, deferir todo culpable de un délito ó » crímen de derecho comun, ante el juez comun. El » reconocimiento de ese principio, cualquiera que fuera » la calidad de las personas, habia triunfado de las lar- » gas divisiones políticas, de las desgraciadas conmo- » ciones que habia sufrido el país en 1827 y 1829; y » en el proyecto de Código penal militar presentado por » la Restauracion, se habia consagrado el principio de » que, todas las personas, cualquiera que fuese su cali- » dad, culpables de un delito comun, debian ser remi- » tidas ante la justicia ordinaria.

» ¿No veis, exclamaba, las consecuencias de vues- » tra ley? ¡Cómo! ¿Vais á dividir el exámen de un » mismo hecho político, vais á enviar culpables de un » mismo crímen ante jueces diferentes; dos tribunales » distintos, se pronunciarán sobre un hecho que se ha » compuesto de una reunion de voluntades, que no se » pueden separar, sin que el crímen desaparezca, como » en materia de complot, por ejemplo? ¿Y no compren- » deis la intensidad del ataque que una solucion seme- » jante importa, dirigido á la autoridad de la justicia, » á su dignidad, al respeto debido á sus decisiones? » ¿Cuando llamais una jurisdiccion á dar testimonio » contra otra jurisdiccion, cuando colocais dos institu- » ciones del país, en oposicion la una con la otra, pre- » tendeis haber curado el desórden moral que os mina? » ¡Oh! suponed un momento que teneis esta ley dic-

» tada la víspera del atentado cometido en Estrasburgo.
» Quereis órden, quereis, lo decís, mantener la disciplina militar; pues bien, ¿qué habria sucedido si el jury hubiera estado animado de los mismos sentimientos que temeis; si el consejo de guerra, por el contrario, se hubiera dirigido por el espíritu que de él esperais; es decir, si el uno hubiera pronunciado una absolucion, y el otro una condenacion? ¡Al mismo tiempo, en la misma ciudad, dos puertas se habrian abierto! Por la una marcha el cortejo fúnebre de los condenados á la muerte; por la otra, se ve la ovacion de los absueltos y de sus jueces. ¡E intentaríais hacer pasar el convoy fúnebre al través de las alegrías de los triunfadores de la justicia! Hé ahí, cuál seria el resultado de vuestra ley.

» Suponed ahora que ella sea aplicada una vez, dos veces de esta manera en nuestro país. ¿Qué será de la justicia, qué será de la disciplina que quereis mantener y proteger?

» Todo se habria perdido, todo se habria despedazado; no mas autoridad de la cosa juzgada. ¡Nada queda de la justicia, ni siquiera el nombre!

» ¿Y qué sucederá entonces? Cuando los oficiales de los consejos de guerra, hayan declarado que hay crímen, y á su lado el jurado declare lo contrario, ¿qué pensarán los soldados de esta jurisdiccion, que debe ser benévola, paternal para con ellos, que importa una proteccion, un privilegio en su favor? Solo verán verdugos prontos á inmolar su víctima...... ¿Comprendeis todo el alcance de esta idea? ¡el suplicio de un lado, del otro la impunidad! »

El orador continúa demostrando : « que para comprobar la inocencia ó la inculpabilidad de un acusado,

» todos los dias los tribunales se ven obligados á de-
» clarar conexas, acciones distintas; á reunir en un
» solo proceso y someter á la misma decision á hom-
» bres inculpados de crímenes y delitos diferentes.
» ¿Cómo seria posible, impedir la conexidad de causas,
» cuando el interés mismo de la justicia lo reclame?

Mas aun, agrega : « Cuando hay crímenes, cuya na-
» turaleza reposa toda entera sobre la complicidad, y
» supone, según su definicion legal, el concurso de
» muchas personas, la unidad de vistas, el acorde de
» muchos pensamientos y la reunion de muchas ideas,
» es imposible separar á las personas el dia del juicio.

» En semejantes casos hay verdadera imposibilidad
» de que pueda verificarse la disyuncion. Interrogad las
» reglas del derecho comun; las pruebas de una inte-
» ligencia con el enemigo, las pruebas de una simple
» tentativa, suponen el establecimiento de hechos indi-
» visibles, que solo pueden ser demostrados por medio
» de un solo y único procedimiento ante la misma juris-
» diccion. Así, señores, á menos de ir al absurdo, es
» imposible sentar como principio que los complots de
» complicidad entre militares y simples particulares,
» deberán tener un procedimiento separado y ser remi-
» tidos al fallo de dos jurisdicciones diferentes; que los
» cómplices, jamás podrán verse reunidos ante el
» mismo juez. »

Tales son tambien los principios de nuestra legis-
lacion y las reglas del procedimiento comun.

X

LEGISLACION NACIONAL

PENALIDAD

En presencia de las terminantes disposiciones de la ley nacional de 14 de setiembre de 1863, *designando los crímenes cuyo juzgamiento compete á los tribunales nacionales, y estableciendo su penalidad,* segun las palabras de la ley misma, es imposible dudar que el delito de rebelion, como los demás que enumera, sean delitos comunes, justiciables únicamente ante los tribunales establecidos por la Constitucion para interpretar y aplicar la ley comun.

Todos los delitos políticos, por su propia naturaleza, por el objeto á que se dirigen, por la clase de intereses que comprometen, por los efectos que pudieran producir, son esencialmente delitos comunes, que solo la justicia ordinaria puede juzgar, porque solo ella está habilitada por la Constitucion para determinar en qué

casos, y hasta qué punto, ha cometido el ciudadano un abuso en el ejercicio de sus derechos políticos; porque solo la justicia nacional puede declarar, si el alzamiento de una porcion de ciudadanos; si su resistencia armada, es un caso de legítima defensa y el ejercicio de un derecho, ó un error, y por consiguiente, un delito; porque solo ella, en fin, tiene autoridad bastante por la Constitucion, para traer á juicio los actos de los poderes públicos, y decidir, si ellos son ó no conformes á la Constitucion, y si la apelacion á las armas por parte de los que los resistieron, no importa mas que la defensa de los derechos y prerogativas que ella consagra, ó si constituye un delito que con arreglo á las leyes deba reprimirse.

¿Por qué se haria una excepcion respecto de los militares que animados del mismo espíritu, guiados por idénticos propósitos y encaminados á un fin comun, se levantaron en armas con otros ciudadanos, contra las personas constituidas en autoridad? El delito es el mismo, el fin es único, la violacion es igual; la pena en que incurran no puede ser diferente, y tienen derecho á ser juzgados por el mismo juez.

La ley nacional ha tomado en consideracion todos los delitos políticos, cuya represion puede interesar al órden social y comprometer las garantías constitucionales. La rebelion tiene un lugar entre esos delitos; y en el primero de ellos, la traicion á la patria, la ley se ocupa especialmente de establecer la culpabilidad en que incurren los gefes del ejército ó de guardia nacional, los oficiales inferiores y soldados, que la hubiesen apoyado y sostenido, al mismo tiempo que las penas á que respectivamente quedan sometidos (1).

(1) Art. 2° y 3° de la ley nacional de 14 de setiembre de 1863.

Cuando la ley llega á la rebelion, determina que los caudillos principales de esta y los que hubieran inducido ó determinado á los rebeldes, promoviendo ó sosteniendo la rebelion, sufrirán la pena de extrañamiento por diez años, reagravada con una multa, si fueren personas constituidas actualmente en autoridad, y en los otros casos que ella expresa (1).

La ley no hace distincion alguna con respecto á la calidad de las personas; comprende en general, á los caudillos principales de la rebelion y á las personas constituidas en autoridad; habla de los que ejercen un mando subalterno en la rebelion, y se ocupa tambien de los meros ejecutores, sin que distinga tampoco á aquellos de los culpables que sean militares, de los que no lo sean.

Esta sola circunstancia, y la aplicacion de una regla general de interpretacion, desautorizarian completamente cualquier distincion que pretendiera hacerse, para someter á los acusados á distintas jurisdicciones y aplicarles leyes diferentes; mucho mas, si se tiene en cuenta que entre las personas constituidas en autoridad, caudillos principales de la rebelion, los que ejercieren un mando subalterno y los meros ejecutores, quedarian comprendidos los militares de cualquier rango y graduacion.

La existencia posible de los delitos políticos en los militares, es por consiguiente un hecho incontrovertible, de que no es posible dudar, en presencia de nuestro sistema de gobierno y de las prescripciones de la ley nacional, que los ha previsto y penado. Es, pues, forzoso reconocer entonces, que el legislador ha tenido en cuenta las condiciones particulares del cul-

(1) Art. 15 de la misma ley.

pable, y obedeciendo á los preceptos de la justicia y del derecho, ha considerado la naturaleza de la trasgresion legal, el objeto á que se dirige y la determinacion de la voluntad del agente, para calificar ese delito y reprimirlo.

La naturaleza de las instituciones libres, la existencia necesaria de los partidos políticos, los derechos del ciudadano á intervenir en los negocios de su país, la ausencia de toda violacion de las relaciones de órden moral, la perfecta honorabilidad y buena fe de los mismos delincuentes, lo han obligado á no ser severo en la represion de los errores á que puede verse el hombre conducido en las luchas políticas, conservando sin embargo intachable la mas perfecta rectitud é integridad de carácter; y de ahí la diferencia de penalidad establecida para la represion de los delitos políticos, con relacion á otros menos graves, pero de carácter privado.

Aun no están conformes todas las opiniones sobre la criminalidad real de los actos políticos calificados de delitos; y escritores de nota sostienen, que esos actos no son mas que consecuencias necesarias del principio de la soberanía popular, é inherentes al ejercicio de los derechos individuales, en el gobierno democrático.

En los duros tiempos del despotismo, en el crepúsculo y decadencia del Bajo Imperio, la ley romana penaba con una crueldad inaudita los delitos políticos, llegando á declarar, segun la expresion de Ulpiano, semejante á un sacrilegio, el delito de lesa majestad. *Proximum sacrilegium crimen est quod majestatis dicitur* (1). Este crímen no comprendia únicamente

(1) Ley 1ª, *Ad leg. Jul. majestatis*, tít. 4º, libro XLVIII, Digesto.

los atentados contra la persona del príncipe, sino tambien la conspiracion contra la persona de sus oficiales: *nam et ipsa pars corporis nostri;* las sediciones, las injurias, la mutilacion de sus estatuas. *Qui statuas aut imagines Imperatoris, jam consecratas conflaverint, aliudve quid simile admisserint, lege Julia majestatis tenentur* (1). Todas las acciones se hicieron bien pronto delitos de lesa majestad: los escritos, las palabras, el silencio mismo, hasta las indiscreciones involuntarias del sueño; el pensamiento se castigó al fin como el crímen mismo: *eadem severitate voluntatem sceleris qua effectum puniri jura voluerunt* (2).

Todos los testimonios eran igualmente admisibles, aun los de los esclavos. El enorme delito se penó primero con la privacion del agua y del fuego; con el suplicio de fuego en seguida y la exposicion á las bestias feroces del circo. Si el acusado habia muerto, no por eso escapaba á la condenacion ni al juicio, y el proceso se formaba contra su memoria. Sus bienes todos eran confiscados, y nada escapaba á los efectos de la terrible sentencia, ni siquiera la inocencia de los hijos del criminal, que envueltos en la condenacion pronunciada contra sus padres, eran declarados inhábiles para recibir ninguna sucesion, ninguna donacion; debian arrastrar una vida miserable cargando con el peso de la infamia de sus padres, y esperando la muerte como una felicidad: *sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna comitetur; sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus, sit et mors solatium et vita supplicium* (3).

(1) Ley 6ª, del mismo título.
(2) Ley 5ª, del mismo título.
(3) Ley 5ª citada.

Esta misma sombría crueldad de la ley romana pasó á la legislacion de la edad media y la copia á la letra la ley 2ª, título 2º, partida 7ª: « Cualquier ome, dice, » que fiziere alguna cosa de las maneras de traycion » que diximos en la ley ante desta, ó diere ayuda, » ó consejo, que la fagan, deve morir por ello, e » todos sus bienes deven ser de la Cámara del rey, » sacando la dote de su mujer e los debdos que ovies- » se á dar, que oviesse manleuado fasta el dia que co- » menço a andar en la traycion: e demas todos sus » fijos, que sean varones, deven fincar por enfamados » para siempre, de manera, que nunca puedan aver » honrra de cavalleria, nin de dignidad, nin oficio, nin » puedan heredar a pariente que ayan, nin a otro es- » traño que los establesciesse por herederos; nin pue- » dan aver las mandas que les fueren fechas. Esta pena » deven aver, por la maldad que fizo su padre. »

Todas las legislaciones modernas, aun aquellas que consagran el principio monárquico como base fundamental del Estado, han borrado del Código de sus penas, la absurda crueldad que venia de los tiempos oscuros de la barbarie; y á excepcion del atentado contra la persona del monarca y la traicion á la patria, ninguna aplica la pena de muerte por delitos políticos.

La civilizacion y la ciencia han demostrado, que si hay inmoralidad en esos delitos, no es la misma seguramente que la de los crímenes comunes. La misma infamia no se aplica igualmente á unos y otros ; y en ningun caso los culpables políticos se confunden por la opinion pública con los otros criminales, levantándose entre ellos una barrera que en vano el legislador procuraria destruir.

Esta diferencia proviene de diversas causas.

En primer lugar, los crímenes comunes que suponen siempre la violacion de una relacion en el órden moral, revisten ese carácter en todos los tiempos, en todas las naciones, ante todas las conciencias; pero la constitucion política, la forma social, las leyes reglamentarias del establecimiento y funciones de las autoridades, no son mas que instituciones humanas, esencialmente variables y cuyas modificaciones continuas, segun el progreso de los Estados, se producen, acomodándose incesantemente á las necesidades de los tiempos y de las costumbres. Una violacion de estas leyes tiene que ser muy diferente en el órden moral de la que importen los delitos comunes, que entrañan todos un ataque á los derechos naturales del hombre.

En segundo lugar, la incertidumbre que acompaña á los delitos políticos, es otra causa de su diferencia con los comunes.

Estos son siempre ciertos é intergiversables, y el único rol cometido á la justicia, consiste en averiguar la persona del culpable; mientras que en materia política, la investigacion del magistrado se aplica no solo á la persona del delincuente, sino tambien á la existencia del delito en sí mismo. « La inmora-
» lidad de los delitos políticos, dice Guizot, no es ni
» tan clara ni tan inmutable como la de los crímenes
» privados; ella se ve sin cesar disfrazada ú oscurecida
» por las vicisitudes de las cosas humanas; varia se-
» gun los tiempos, los acontecimientos, *los derechos y*
» *los méritos del poder ;* tambalea á cada instante bajo
» los golpes de la fuerza que pretende darle forma,
» segun sus caprichos y sus necesidades. —Apenas
» se encontrará en la esfera de la política acto alguno
» inocente ó meritorio, que no haya recibido en al-

» gun rincon del mundo una acriminacion legal » (1).

El éxito mismo que puede modificar tan completamente los efectos de un delito político, funda una tercer causa de diferencia con los delitos comunes. En estos, cualquiera que sea el resultado que obtenga el criminal, su mayor fortuna consistirá en que no pueda ser justificado su delito, ó que un país extrangero le preste la triste seguridad de un asilo; mientras que en los delitos políticos, el triunfo puede cambiar totalmente su consideracion y su resultado, obteniendo, por medio de la opinion triunfante, que su accion sea considerada como un progreso de las libertades públicas, su consagracion y sus esfuerzos, como una virtud cívica, nacida á impulsos del patriotismo y del ardiente anhelo del engrandecimiento de su país.

Tales consideraciones, á que no es agena ninguna legislacion de los tiempos modernos, y cuya influencia ha seguido la ley nacional de 1863, han producido la alteracion de las penas en los delitos políticos, cambiando las bárbaras y atroces de nuestras antiguas leyes, por otras mas suaves, mas conformes á los principios de equidad y de justicia y al grado de civilizacion que caracteriza la época presente.

La desercion, la insubordinacion, el motin ó rebelion militar, tienen penas muy severas, mucho mas graves que la generalidad de los delitos políticos, no solo por la influencia del tiempo y de las ideas bajo cuyo influjo se dictó la ley penal, sino tambien porque las relaciones que violan son de un órden muy diferente, es distinto tambien el objeto á que se dirigen, y suponen por parte del agente una intencion depravada de violar los compromisos contraidos y las obligaciones particulares

(1) Guizot, *De la pena de muerte*, pág. 37.

de su profesion, sin que su voluntad pueda ser dirigida por un móvil generoso, ó por un equivocado juicio sobre el alcance de sus derechos.

Entonces, como ninguna relacion de órden social se encuentra comprometida, como la violacion no tiene por móvil el ejercicio de ningun derecho, como ella se circunscribe á los deberes del régimen interior del ejército, constituye un delito puramente militar, que solo por un militar podria ser cometido, y que es completamente ageno, por consiguiente, á la legislacion comun, y á la jurisdiccion de los tribunales establecidos para aplicarla.

Es digno de notarse, que la misma ley militar no hace uso de la palabra *rebelion*, entre sus calificaciones penales, para designar el delito conocido con ese nombre en la legislacion nacional. La ordenanza emplea la palabra, *sedicion*, *conspiracion* ó *motin*, para indicar el delito que comete la tropa, rompiendo los vínculos de obediencia y de disciplina, ó el ataque dirigido por particulares contra la tropa, sus comandantes ú oficiales (1). Por eso, los mas autorizados comentadores de las leyes militares, definen este delito diciendo que : « Esta voz, *sedicion*, propiamente, es jun-
» tarse muchos soldados á lo menos diez, en algun si-
» tio, para cometer alguna violencia en perjuicio de la
» disciplina y subordinacion. Para probar el cuerpo de
» este delito se debe justificar que los soldados se jun-
» taron tumultuaria y arrebatadamente para pedir su
» pret, pan, etc., que iban con armas ó con palos, ex-
» presando todas las particularidades que ocurran » (2).

Así, aun cuando la disposicion de la ordenanza refiera

(1) Art. 26 y siguientes, tít. 10, tratado 8º.

(2) Colon, *Juzgados militares de España é Indias*, tomo III, núm. 433; y Bacardi, *Tratado de derecho militar*, tomo II, pág. 13.

la sedicion á todo ataque dirigido contra el servicio, seguridad de las plazas y países de la monarquía española, contra la tropa, sus comandantes ú oficiales, su inteligencia genuina solo comprende los actos de insubordinacion á mano armada, cometidos por la tropa misma, ó la conspiracion dirigida á apoderarse de una plaza fuerte, ó un punto guarnecido. En ambos casos, queda excluido de la apreciacion de la ley el delito político; y por eso, el reciente diccionario militar de Almirante, despues de definir la rebelion con la significacion que le da el diccionario de la Academia: — levantamiento ó conspiracion contra su rey, patria y gobierno — agrega: que no hay para qué definir *rebelar*, *rebelde*, porque en España no son voces militares ni técnicas. Y efectivamente, la rebelion como delito político, no puede indicar jamás un acto que importe exclusivamente la violacion del deber militar; era, por el contrario, segun la antigua legislacion, uno de los mas graves que podian cometerse contra la ley comun, clasificados entre los de lesa majestad y equiparado á la traicion.

« La primera (especie de traicion) é la mayor é la que » mas fuertemente debe ser escarmentada, es si se tra» baja algun ome de..... que su señor sea desapoderado » del reino..... la tercera es si alguno se trabajare de » fecho, ó de consejo que alguna tierra ó gente que » obedeciese á su rey se alzasen contra él que no le » obedesciesen tan bien que como solian. La setena es » si alguno fiziese bollicio ó alevantamiento en el reino, » faziendo juras ó cofradías de caballeros ó de villas, » contra el rey, de que naciese daño á él ó á la » tierra » (1).

(1) Ley 1ª, tít. 2ª, partida 7ª.

» La primera (especie de traicion) y la mayor y la » que mas cruelmente debe ser escarmentada, es la que » atañe á la persona del rey, así como si alguno... lo » prendiese..... La tercera, si alguno se trabajare de » hecho ó de consejo, con alguna gente ó tierra que » obedeciesen á su rey, que no lo obedeciesen así como » solian » (1).

Nada habria, pues, que pedir á la ordenanza militar, respecto de un delito que comprometia los mas altos intereses de la monarquía absoluta, y que se referia á los deberes y sumision del vasallo, cualquiera que fuese su profesion. El delito era de los mas graves, y el *escarmiento* con que la ley procuraba reprimirlo, era digno de la barbarie de los tiempos y de la dureza de la legislacion penal.

La rebelion ocupa siempre en nuestra legislacion moderna, un lugar prominente en la escala de los delitos, pero la influencia de la civilizacion y un mas sano criterio sobre las condiciones particulares que reviste ese acto culpable, bajo el imperio de las instituciones libres, han hecho moderar el rigor de las penas respecto de hombres que, aun declarados culpables, conservan ante sus conciudadanos, íntegramente, todos los caractéres de su moralidad, sin que el error en que puedan haber incurrido perjudique en manera alguna la consideracion y respeto que merezcan sus personas.

(2) Ley 1ª, tít. 18, libro VIII, Recopilacion.

XI

JUICIOS Y TRIBUNALES DE LA ORDENANZA

El mayor honor que nos es permitido tributar á la ordenanza militar, es equipararla á una sancion del Congreso, y colocarla en la eminencia de una *ley de la soberanía.*

En esta sumidad misma, ella estaria subordinada á la regla constitucional, de que toda ley, anterior ó posterior á la Constitucion, que esté en contradiccion con esta, es nula y de ningun valor : no pueden aplicarla los jueces; no deben obedecerla los ciudadanos.

Pero si se quiere hacer de la *ordenanza militar* algo arriba de la ley, arriba de la misma Constitucion, *un dogma*, sagrado, indiscutible, al cual es fuerza humillar la razon, el derecho, la libertad, la moral, la conciencia, y hasta el sentido comun; aun aceptándola como *dogma*, prescindiendo de la Constitucion, del

Congreso, de la soberanía del pueblo, de la existencia de la República, de todo lo que nos separa de Fernando VII; aun así mismo, vamos á patentizar al señor juez de seccion, con la ordenanza militar en la mano, como única ley de la nacion, que el consejo de guerra es incompetente para juzgar á nuestros defendidos.

Dos tribunales organizó la ordenanza militar para el conocimiento y castigo de los delitos militares.

Uno es el *consejo de guerra ordinario*, cuya jurisdiccion está limitada, por el título 5°, tratado octavo, á los individuos de tropa, *desde sargento inclusive abajo*, de que no tenemos por consiguiente que ocuparnos.

El otro es *el consejo de guerra de oficiales generales,* creado por la siguiente disposicion de la ordenanza :

« Art. 1° Por lo que toca á crímenes militares y fal-
» tas graves en que los oficiales incurrieren *contra mi*
» *real servicio,* es mi voluntad que se examinen en
» junta de oficiales de superior graduacion, dándose á
» este tribunal la denominacion de *consejo de guerra*
» *de oficiales generales* » (1).

Y en seguida agrega el Código militar en el título citado :

« Art. 4° Al juicio del consejo de guerra de oficiales
» generales *ha de estar sujeto todo oficial de cualquier*
» *graduacion que sea.* »

El título 6° del tratado 8° de la ordenanza, se contrae á detallar el procedimiento del consejo de oficiales generales en las causas de su competencia.

El título 7° siguiente está compendiado, por decir

(1) Tít. 6°, tratado 8°.

así, en esta suma de sus disposiciones que lo encabeza :

« *Delitos cuyo conocimiento pertenece al consejo* » *de guerra de oficiales generales.* »

En los nueve artículos de este título, están enumerados, determinados, especificados y calificados todos los delitos que abraza la jurisdiccion y competencia del consejo de guerra de oficiales generales, á que únicamente están sometidos los oficiales, en lo militar, cualesquiera que sean sus graduaciones (1).

(1) Creemos conveniente á pesar del extracto que hacemos de las disposiciones de la ordenanza trascribir á la letra el título 7°, tratado 8°, á que nos referimos en el texto:

TITULO VII

Delitos cuyo conocimiento pertenece al consejo de guerra de oficiales generales :

Art. 1° Para que el consejo de guerra de oficiales generales pueda formar juicio y fundar reflexivamente su dictámen, determinando las penas respectivas á los oficiales reos, segun la calidad de sus delitos, por faltas graves de su obligacion en materias de mi real servicio, se observará lo que prescriben los artículos siguientes.

Art. 2° El oficial (de cualquiera graduacion) que mandare plaza, fuerte, ó puesto guarnecido con proporcion de disputarle, estará obligado á defenderle cuanto lo permitan sus fuerzas á correspondencia de la dè los enemigos que le atacaren, á menos que tenga órdenes (de cuyo cumplimiento se le haga responsable sin arbitrio) que disculpen su conducta; y si alguno faltare en esto será privado de su empleo : y en caso que la defensa haya sido tan corta que haya entregado la plaza, fuerte ó puesto indecorosamente, podrá extenderse la sentencia hasta la de muerte, precediendo la degradacion.

Art. 3° Cuando se trata de examinar la conducta de algun oficial que hubiera entregado (en los términos últimamente referidos) la plaza, fuerte ó puesto que mandaba, deberá tambien hacerse cargo á su cabo subalterno ó comandante en segundo, y á los demás que hubieren votado la entrega, en caso de que el gobernador los hubiere convocado, y conformádose con su dictámen.

Art. 4° Si el comandante justificare (aunque se considere caso remoto) haber rendido (violentado de sus oficiales y tropa) la plaza, fuerte ó puesto que mandaba, porque alguno hizo sin su órden llamada á los enemigos, por no querer la guarnicion mantenerse en sus puestos ó por otras causas que él no pudo remediar, quedará libre de cargo; y el oficial ú oficiales delincuentes (por comprendidos en aquel crímen de que quede absuelto el comandante) serán condenados á privacion de empleo y pública degradacion, ó á pena de muerte, segun la malicia que en el hecho se justifique.

El artículo 2° trata del delito de no defender cuanto lo permitan sus fuerzas, la plaza, fuerte ó puesto guarnecido, confiado al mando del oficial.

El artículo 3° dispone que : « se haga cargo al cabo » subalterno ó comandante en segundo, y á los demás » que hubiesen votado la entrega, » en los procesos por el delito del artículo anterior.

El artículo 4° manda absolver al oficial comandante de la plaza ó puesto, « si justificase haber rendido la » plaza ó puesto, porque alguno hizo sin la órden lla- » mada á los enemigos, por no querer la guarnicion » mantenerse en sus puestos, etc., y condenar al ofi- » cial ú oficiales, » que tal hicieron sin esa órden.

El artículo 5° se contrae al delito de « mantener un » oficial correspondencia con los enemigos, sin órden

Art. 5° Prohibo á todo oficial que mantenga correspondencia con los enemigos sin órden ó noticia del capitan general ó comandante general bajo cuyas órdenes sirviere, pena de suspension de empleo y destierro á un presidio, aunque solo trate de materias indiferentes, y pena de la vida si se mezclare en lo que tenga conexion con mi servicio.

Art. 6° El oficial que en cualquiera accion de guerra ó marchando á ella, abandonara su puesto deliberadamente sin urgente motivo que le obligue á ejecutarlo, perderá su empleo, y será declarado incapaz de obtener otro en mi servicio, precediendo degradacion; y si de este defecto cometido con malicia ó contra todas reglas militares resultare pérdida de la funcion ó perjuicio de los progresos que mis armas pudieran conseguir, si el oficial culpado hubiera tenido mas constancia, podrá extenderse hasta la pena de muerte la sentencia.

Art. 7° Las pérdidas de plazas, fuertes ó puestos por sorpresa se sentenciarán segun se verificare.

Art. 8° El oficial comandante de un cuerpo destacado que sin legítimo motivo que le disculpe desamparare alguna tropa de él, será examinado en el consejo de guerra de oficiales generales, y juzgado segun la razones que justificare haberle movido á esta determinacion, á los accidentes de que la separacion haya procedido; y si resultare culpable su conducta, se le impondrá á proporcion de la culpa, pena de suspension ó privacion de empleo, y aun podrá extenderse hasta la de muerte, si el desamparo proviniere de notoria malicia.

Art. 9° El ofical á quien se fiara reservadamente una comision de mi real servicio, si revelare alguna circunstancia en que se le mande guardar secreto, será condenado á privacion de empleo, y destierro á mi voluntad; y si de haberla revelado resultare malograrse la diligencia, sufrirá la pena de muerte.

» ó noticia del capitan general ó comandante general
» bajo cuyas órdenes sirviese ».

El artículo 6° se consagra al delito « del oficial que
» en cualquiera accion de guerra, ó marchando á ella,
» abandonare su puesto deliberadamente, sin urgente
» motivo ».

El artículo 7° se limita á estas textuales palabras :
« Las pérdidas de plazas, fuertes ó puestos *por sor-*
» *presa*, se sentenciarán segun se verificase. »

El artículo 8° se ocupa del delito « del oficial co-
» mandante de un cuerpo destacado, que sin legí-
» timo motivo que le disculpe, desamparase alguna
» tropa de él ».

El artículo 9°, por último, se circunscribe al delito
« del oficial á quien se fiase severamente una comi-
» sion, si revelase alguna circunstancia en que se le
» mande guardar secreto, ya resultase ó no malograrse
» la diligencia de haberla revelado ».

Y no hay mas.

El consejo de guerra de oficiales generales no tiene mas jurisdiccion, mas competencia que para el conocimiento de los delitos enumerados en los nueve artículos que dejamos extractados.

Ningun tribunal puede arrogarse mas jurisdiccion que la que expresamente le atribuye la ley de su creacion; porque la competencia, como todo poder, toda autoridad, toda facultad, nace de la ley y tiene en la ley su órbita y su límite.

¿Con qué facultad, con qué autoridad, podria el *consejo de guerra de oficiales generales* arrogarse el conocimiento del pretendido delito de *desercion*, imputado á nuestros defendidos, cuando la ordenanza militar no se la otorga?

¿De dónde sacaria el consejo de guerra de oficiales generales esas *facultades extraordinarias*, que ningun poder público puede conceder, por la prohibicion del artículo 29 de la Constitucion de la República, bajo pena de sujetar á los que las dén, consientan ó firmen, *á la responsabilidad de los infames traidores á la patria?*

Pero nos olvidábamos que habíamos prometido no acordarnos de que vivimos bajo el imperio de una Constitucion en el régimen de la República, y suponernos en pleno reinado de Fernando VII con la ordenanza militar por *dogma* social y político.

Se nos objetará que es cierto que el título 7° de la ordenanza enumera los delitos *cuyo conocimiento pertenece á los consejos de guerra de oficiales generales;* que es fiel la reseña y extracto que dejamos hecho de todos los delitos mencionados en ese título; que el título 7° de la ordenanza, y todos sus otros títulos, no mencionan otros; pero que el consejo de guerra puede conocer, *por analogia,* de los delitos no mencionados, de los delitos, para cuyo juicio no se le da jurisdiccion en las ordenanzas.

Nos abstenemos, señor juez, de calificar con los términos que se merece esta monstruosa doctrina *de la analogia* en estas materias, porque no es el caso de entrar en una discusion jurídica ni filosófica, ciñéndonos al exámen del texto escrito de la ley positiva.

Y con el texto, con la letra clara, terminante, categórica, intergiversable de la ley militar, seguiremos demostrando que el consejo de guerra de oficiales generales, solo tiene jurisdiccion y competencia en los delitos del título 7°, que hemos detallado uno por uno, y que le está expresamente prohibido extenderla á otros hechos no comprendidos en ese título.

Oiga V. S. á la autoridad mas culminante en la materia.

« Con motivo de las dudas que se suscitaron en el » ejército, dice D. Félix Colon, en su magistral tratado » de los *Juzgados militares de España é Indias*, sobre » la inteligencia de esta real resolucion (de 29 de » marzo de 1780), se sirvió su majestad declarar por » otra de 12 de marzo de 1781, *que solo se pudiese » formar proceso á los oficiales por los casos que » previene la ordenanza en los titulos* 6° *y* 7° *del tra- » tado* 8°. »

Y si se duda de la palabra autorizada de Colon, aquí tiene V. S. el texto mismo de la real órden citada por el comentador de las leyes militares :

« Habiéndose suscitados en el ejército algunas du- » das con motivo de la real órden de 27 setiembre del » próximo pasado, que trata del modo con que los » gefes deben proceder en el castigo de las faltas ó » delitos de sus respectivos subalternos, se ha servido » el rey declarar, *que solamente se formen procesos á » los oficiales en los casos que previenen los titulos* 6° » *y* 7° *del tratado* 8° *de las ordenanzas generales, y en » que debe seguirse el consejo de guerra de oficiales » generales*, etc. — El Pardo, 12 de marzo de 1781. » — Miguel de Muzquiz. — *Circular á los capitanes » generales é inspectores.* »

No hay, no puede haber un átomo de duda sobre la evidente *incompetencia* del consejo de guerra de oficiales generales, para juzgar á nuestros defendidos, por la pretendida *desercion* ó por un delito de *rebelion*, que no mencionan las ordenanzas militares, y no se hallan *en los casos de los titulos* 6° *y* 7°, únicos por los cuales es permitido formar procesos militares á los

oficiales, y fuera de los cuales, les está expresamente prohibido conocer á los consejos de guerra, por una ley militar imperativa.

Patentizada la *incompetencia* de los consejos de guerra, con sujecion á la ley militar, como si fuera la única ley de la República, cúmplenos convencer á V. S. de la *competencia* de los tribunales ordinarios, para el proceso en que deben ser juzgados nuestros defendidos, por la misma ley militar, que la reconoce y consagra.

El *fuero personal* de los militares, abolido por Rivadavia en 1823, y mas ampliamente por la Constitucion de la República, era un privilegio de que ellos gozaban, en ios tiempos del despotismo, cuando no habia garantías para los demás ciudadanos.

Pues bien, por la ordenanza militar, ese privilegio no los amparaba en los casos de sedicion ó participacion en los tumultos y conmociones populares.

No gozaban del *fuero militar*, para el juzgamiento de tales delitos, y eran entregados á la justicia ordinaria, que les aplicaba la ley comun.

« No goza tampoco el fuero, el militar que incurra en » estos delitos, dice Colon, § 82, como estaba ya man- » dado anteriormente por la real órden que se comu- » nicó al ejército en 14 de setiembre de 1774. »

Esta real órden es la ley 8ª, título 15, libro VIII, de la Recopilacion Castellana, vigente en la República, así en lo civil como en lo militar.

Esta ley, mandando observar inviolablemente por su inciso 1° las leyes preventivas de los bullicios y conmociones populares, dispone por los demás incisos lo que textualmente copiamos:

« 2ª Declaro (habla Cárlos III) que *el conocimiento*

» *de estas causas toca privativamente á los que ejercen*
» *jurisdiccion ordinaria : inhibo á otros cualesquiera*
» *jueces, sin excepcion de alguno, por privilegiado*
» *que sea: prohibo que puedan formar competencia*
» *en su razon*, y quiero que presten todo su auxilio á
» las justicias ordinarias.

» 3° Por cuanto *la defensa de la tranquilidad pública*
» *es un interés y obligacion natural comun á todos*
» *mis vasallos,* declaro así mismo, que en tales circuns-
» tancias, no puede valer fuero ni exencion alguna,
» aunque sea la mas privilegiada; y prohibo á todos
» indistintamente que puedan alegarla; y aunque se
» proponga, mando á los jueces que no la admi-
» tan, etc. »

¿ Hay nada mas preciso, mas ineludible y mas imperioso, que esta ley, *que fué comunicada al ejército*, é incorporada á las ordenanzas militares, por tanto, en virtud de la comunicacion de 14 de setiembre de 1774? Ella declara la competencia de la jurisdiccion ordinaria, inhibe á la jurisdiccion militar por privilegiada que sea, le prohibe que forme competencia, prohibe á los militares que aleguen fuero, ni otra exencion por grande que sea su privilegio, manda á los jueces ordinarios que no oigan á los que les contesten ó desconozcan su competencia, sean autoridades, sean individuos; y *da la razon* de la ley, razon de Estado, razon de política, razon de la naturaleza de las cosas; porque en las conmociones populares, rebeliones, revoluciones, se trata *de la defensa de la tranquilidad pûblica*, y la tranquilidad pública, no es objeto del *mejor servicio militar*, sino asunto del bien general en que todos están interesados, á que todos tienen derecho, con la correlativa *obligacion natural* de la *propia defensa.*

¡Admirables palabras de la ley Recopilada, de la real órden de Cárlos, III, incorporada á la ordenanza militar, que parecen escritas señaladamente para esta causa!

Un caso particular ocurrido en Cartagena, motivó una nueva declaracion en real órden dada en San Lorenzo á 10 de noviembre de 1800, que se circuló al ejército, y quedó en esta virtud incorporada á las ordenanzas militares, « por la cual declaró S. M., en vista de » lo que le consultó el consejo supremo de la Guerra, » *que el fuero militar no se extendia á los casos de* » *sedicion*, bien sea popular contra los magistrados y » gobierno del pueblo, ó bien contra la seguridad de » una plaza y su tropa, *debiendo en el primer caso* » *conocer la justicia ordinaria* » (1).

Despues de esta real órden de 1800, no hay una sílaba mas en la legislacion militar, que tenga la menor relacion con delitos ó juicios de los militares.

Es, pues, la ley militar, la ordenanza del ejército, la que proclama la jurisdiccion y competencia de V. S. por los delitos que podrian imputarse á nuestros defendidos, con sujecion á esa misma ordenanza.

Ningun consejo de guerra tiene jurisdiccion ni competencia, bajo ningun pretexto, para arrogarse el conocimiento de su causa, ni formarles proceso de ningun género; y á todo consejo de guerra, que se les nombre, le está imperativamente prohibido desconocer la competencia de la justicia ordinaria y dar el menor paso que importe desconocerla.

Restablezca V. S. el fuero militar, derogue la Constitucion de la República, suprima la Revolucion de

(1) Colon, *Juzgados militares*, § 82.

1810, reponga á Fernando VII en el trono de Isabel la Católica, conviértanos en colonia de la metrópoli, y aun así mismo, V. S. se verá obligado, por las leyes que le resten vigentes, á declarar incompetente al consejo de guerra, y á reclamar la competencia de su jurisdiccion ordinaria.

Las ordenanzas militares no hablan jamás de *rebelion* contra el gefe del Estado, contra el que investia la soberanía de la nacion, que era entonces el rey.

Ese delito se llamaba entonces de lesa majestad, y es el que habrian cometido nuestros defendidos, por el cual serián juzgados, por el cual hubieran sido juzgados Belgrano y San Martin, si hubiesen perdido las batallas de Tucuman y Chacabuco, por el cual se hubiera alzado para ellos el cadalso en las plazas en que las generaciones libertadas agradecidas, han levantado las estatuas de esos dos revolucionarios !

XII

RESÚMEN Y CONCLUSION

Hemos recorrido hasta aquí, siquiera á grandes rasgos, las diferentes faces que puede presentar al exámen crítico del magistrado, el estudio de la cuestion de competencia que sometemos á su decision. Colocado al amparo de nuestras instituciones libres, como sometido al duro yugo de la ordenanza, el militar aparece solamente justiciable de los tribunales ordinarios en su conducta política; y, ¡ cosa singular! las inspiraciones de la libertad y los sombríos cálculos del despotismo, concurren al cabo de los tiempos á dar una misma solucion legal, igualmente apoyada con lógica inflexible en el precepto expreso del derecho escrito!

El rey absoluto despojaba al militar de sus fueros y prerogativas, le privaba del honor de ser juzgado por sus iguales; y en pena de su delito de *lesa majestad*,

lo entregaba *á su justicia* para que el verdugo doblara su cerviz orgullosa en *el garrote vil.* En el siglo diez y nueve, bajo el régimen de las instituciones republicanas, y en los pueblos americanos, convertidos de colonias en Estados libres, la ley somete á la justicia nacional, al militar acusado de delitos políticos, como una garantía protectora de sus derechos, como salvaguardia de sus libertades, como una consecuencia necesaria de su autonomía en el Estado.

El vasallo, como el hombre libre, por razones contrarias, con objetos diferentes y para fines radicalmente opuestos, son sin embargo justiciables del mismo tribunal en su conducta política, segun la terminante disposicion de las leyes!

Daríamos aquí por terminado este escrito con la demostracion concluyente de la incompetencia del consejo de guerra y de la privativa jurisdiccion de la justicia nacional, para entender y decidir en la causa que se forma á nuestros defendidos, si no creyéramos útil resumir algunos puntos principales, é insistir algo mas en otros, ligeramente tratados hasta ahora.

La naturaleza del delito politico, la circunstancia de ser previsto y castigado por la ley comun, la competencia exclusiva de la justicia nacional y aun las garantías con que la Constitucion asegura la libertades públicas, reclaman la jurisdiccion de los tribunales ordinarios y alejan del consejo de guerra el conocimiento y decision de esa clase de procesos.

¿ En qué podria fundarse la competencia de esta jurisdiccion excepcional? Segun las mismas leyes militares, bajo el imperio del fuero personal, la jurisdiccion del consejo de guerra era excluida; y cometidos la averiguacion y castigo de los delitos políticos á la

justicia ordinaria. ¿Será por ventura competente á causa de que el militar, al constituirse rebelde, viola sus deberes militares y comete delitos diferentes de un órden especial que importa reprimir?

Sin duda que el militar para cometer un delito político, empieza por desconocer el vínculo de obediencia y de disciplina, por el cual estaba sometido á las órdenes de las personas que se hallaban en ejercicio de una autoridad superior; pero esta circunstancia no constituye por sí misma un delito, como lo hemos dicho antes, ni aun cuando lo fuera, podria separarse del delito político, para ser juzgado por dos tribunales y castigado por leyes diferentes.

Lo que caracteriza el delito militar es la violacion del deber militar, definida por la ley; de suerte que la intencion criminal, elemento esencial de todo delito, y la volundad del agente, deben dirigirse á quebrantar una regla, á realizar un hecho que la ley prohiba, con pleno conocimiento de la culpabilidad que la naturaleza del acto prohibido induce.

Así, la desercion, la insubordinacion, todos los delitos disciplinarios, importan violaciones de los deberes impuestos para el gobierno y buen servicio de los ejércitos, segun la intencion de sustraerse al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley militar, y la voluntad claramente manifestada de quebrantar sus preceptos. El que abandona las filas del ejército por librarse de sus compromisos, el que se niega á obedecer á sus superiores en los actos del servicio, el que procura deponer del mando á su gefe, conoce sin duda la naturaleza de las infracciones que comete, su intencion y su voluntad se dirigen á violar el deber militar, y sabe bien que comete un delito

contra lás leyes que rigen la organizacion y disciplina del ejército.

La violacion importa entonces un delito previsto y castigado por las ordenanzas y reglamentos, porque afecta relaciones del régimen y órden interior del ejército, lo que constituye única y exclusivamente un delito puramente militar.

Pero cuando la intencion y voluntad del agente no se dirigen á desconocer y violar una regla de régimen interior, cuando no tiene por objeto sustraerse al cumplimiento de los deberes militares, cuando encamina sus actos á un fin político, guiado par las inspiraciones del patriotismo y dirigiéndose de buena fe al cumplimiento de sus primordiales deberes para con la nacion, tal como los aprecia y los juzga, el delito militar no existe, porque no existe el objeto y la intencion criminal que constituyen su esencia.

En efecto: cuando poniendo en ejercicio su capacidad política y haciendo uso de sus derechos de ciudadano y de hombre libre, el militar aprecia los actos de los poderes públicos, adopta un partido político y toma parte en el gobierno de su país, conforme á los principios establecidos por la Constitucion, procede en un órden de ideas y de relaciones sociales completamente extrañas y distintas de las comprendidas en el régimen interior del ejército. Y como él es el único juez de sus actos y solo puede guiarse por sus propias inspiraciones, al adoptar una línea de conducta, puede errar, y es en tal caso responsable de su error; pero ante la justicia del país, ante los tribunales nacionales, establecidos precisamene para entender y decidir de los delitos políticos, y no ante los militares, tribunales de excepcion, competentes únicamente para apreciar y

juzgar las contravenciones á las disposiciones que rigen el órden interior del ejército.

El militar que toma parte en una rebelion política, comete sin duda un delito contra el órden social; pero no se hace punible de desercion ó de insubordinacion, porque su intencion no es violar los preceptos de su deber militar, sino, por el contrario, cumplir los deberes que la Constitucion le impone y llenar sus obligaciones para con la patria. El no abandona el ejército, por huir del cumplimiento de sus compromisos, no desatiende las órdenes de sus superiores en gerarquía porque quiera eximirse de sus obligaciones ó librarse de la obediencia debida á las personas constituidas en una autoridad superior; sino porque cree que, como soldado de la nacion, está en el deber de hacer uso de sus armas para defenderla, para defender la Constitucion y las leyes, y piensa que las personas á quienes desobedece no están revestidas con autoridad legítima. En una palabra, la voluntad y la intencion criminal de sustraerse al cumplimiento del deber militar no existe en ese caso.

El militar en la República necesita apreciar, segun las indicaciones de su criterio y de acuerdo con lo establecido por la Constitucion y las leyes, si obedeciendo órdenes superiores, sirve á la nacion ó si la combate; si las personas que lo mandan están ó no constituidas en autoridad legítima; si las órdenes qué recibe se concilian con sus deberes para con la nacion; y esta decision que él debe adoptar bajo su responsabilidad, puede llevarlo hasta cometer un delito, que no es seguramente una violacion de las ordenanzas particulares del ejército, sino un delito político. Si este delito político fuera comprobado, él absorveria todas las

circunstancias por medio de las cuales se consumó, y cuando fuera el militar declarado culpable, no se le podria hacer cargo de la desercion ó de la indisciplina, porque estas son precisamente las condiciones precisas del delito político y sin las cuales no podria existir, como no se podria hacer cargo al culpable de haber dado muerte á otro, por haber hecho uso de armas para consumar agresion.

Si la insubordinacion ó la desercion, constituyeran en el militar rebelde, delitos diferentes del de la rebelion política, se habria producido un contrasentido en las idéas y en las nociones de la justicia criminal, que no podria explicarse ante el análisis del mas sencillo criterio. Resultaria en efecto : ó que el militar no podria nunca cometer un delito político, lo que es contrario á las indicaciones de la razon, á la naturaleza de nuestras instituciones y á las lecciones de la experiencia, de que nos dan abundantes ejemplos nuestras disenciones domésticas; ó que puede cometer el delito político sin incurrir en desercion é indisciplina, lo que nos conduciria á lo absurdo.

Cuando á virtud del delito político, el militar se levanta contra sus superiores, desconoce su autoridad y se separa de las filas de sus compañeros de armas, creyendo servir á la nacion, y buscando la obediencia á la autoridad que cree legítima, es necesario que su error sea declarado por el tribunal competente para que pueda decirse que es delincuente y pueda hacerse efectiva su responsabilidad. Solo cuando la justicia ordinaria haya comprobado el delito y declarado la responsabilidad del agente, podria decirse con razon y con justicia : que el delincuente habia violado el deber militar, porque estaba comprobado el error de su con-

ducta; solo despues de la sentencia del tribunal competente podria saberse, si cumplió sus deberes de militar y de patriota, ó si cometió un delito al rebelarse.

Pero esta declaracion, este juicio no puede pronunciarlo el consejo de guerra, que no tiene por mision la justicia social ni se halla revestido con las calidades que la Constitucion ha buscado para el desempeño de la magistratura. Tribunal de excepcion, su competencia se reduce á los casos particulares que puedan producirse y que afecten relaciones del régimen disciplinario del ejército. Tribunales particulares, su constitucion es posterior al hecho del proceso; y aplicados á materias políticas, no solo contravendrian terminantes preceptos de la Constitucion, sino que carecerian de la imparcialidad con que debe distinguirse todo juez. Su nombramiento emana del presidente de la República, quedando por eso solo, comprometida la independencia y la imparcialidad de los jueces.

De este modo, dice el señor Lastarria, los reos son arrastrados ante un tribunal que carece de las garantías constitucionales con que se ha querido asegurar una recta administracion de justicia, pues todos los jueces que los juzgan y condenan, son dependientes del Ejecutivo que puede removerlos ó privarlos de sus empleos, si no se muestran complacientes con las miras ó pasiones del que los nombra; y el peligro de la complacencia es tanto mas de temer, cuanto que es muy posible que ellos mismos cedan á la pasion de partido; pues en esas campañas políticas, en que la autoridad pública se compromete, ella obliga siempre á arrostrar iguales compromisos, á todos aquellos que se encuentran bajo su dependencia, haciéndolos así el blanco de iguales odios y rencores.

Alarmado Benjamin Constant con el frecuente abuso de ver introducirse á la fuerza militar en el santuario de las leyes, extendiendo la jurisdiccion de sus tribunales á causas completamente agenas á su mision y á su competencia exclusiva, se expresaba en 1817, contra un sistema tan ilegal como deplorable, en los siguientes términos, que manifiestan toda la energía de su conviccion, al mismo tiempo que la profunda verdad de las ideas:

« Hemos visto durante estos últimos 20 años, decia, » introducirse en casi toda la Europa, una justicia mi- » litar cuyo primer principio era abreviar las formas, » como si toda abreviacion de forma no fuera el mas » irritante sofisma; porque si las formas son inútiles, » todos los tribunales debieran abolirlas; si son nece- » sarias, todos deben respetarlas; y ciertamente, cuanto » mas grave es una acusacion, tanto mas necesario es » su profundo exámen. Hemos visto sentarse como » jueces, á hombres cuyo traje solo anunciaba que es- » taban consagrados á la obediencia, y no podian, en » consecuencia, ser jueces independientes. Nuestros » nietos no creerán, si tienen el sentimiento de la dig- » nidad humana, que hubo un tiempo, en que hom- » bres ilustrados, sin duda, por innumerables hazañas, » pero educados bajo la tienda de campaña é ignorantes » de la vida civil, interrogaban á acusados á quienes » no podian comprender, y condenaban sin apelacion » á ciudadanos á quienes no tenian el derecho de juz- » gar. Nuestros nietos no creerán si no componen el » mas envilecido de los pueblos, que se haya hecho » comparecer ante tribunales militares á legisladores, » escritores, *acusados de delitos políticos*, estable- » ciendo así, por una burla feroz, como jueces de la

» opinion y del pensamiento, al valor sin luces, y á la » sumision sin inteligencia. »

No estamos por fortuna en el caso de reprobaros con tanta energía, como un sistema, los juicios de los tribunales militares, ni de levantarnos con tanta indignacion contra sus terribles efectos: porque el honor y el patriotismo de nuestros conciudadanos militares, la integridad y firmeza de nuestros magistrados, no permitirian jamás que se consumara tan funesto atentado contra las libertades públicas. Pero no se puede negar que la observacion del eminente publicista tendria una exacta aplicacion, si viéramos triunfante la doctrina subversiva, á virtud de la cual, se quiere atribuir al consejo de guerra, jurisdiccion sobre acusados de delitos políticos.

En fin, como la suprema autoridad militar, es ejercida por el presidente de la República, se habria él reservado la exorbitante prerogativa de decidir en última instancia, la causa fallada por los jueces que él hubiera nombrado, contra el precepto expreso del artículo 95 de la Constitucion, que niega al presidente de la nacion el ejercicio de cualquier funcion judicial, el conocimiento de causas pendientes, ó el restablecimiento de las fenecidas.

Las garantías constitucionales serian vanas palabras, destituidas de todo sentido práctico; y volveríamos á los tiempos de la dictadura militar de la antigua Roma, que minaria por su base las instituciones republicanas y destruiria por completo las libertades del ciudadano. La conciencia pública y la conciencia individual quedarian consternadas, creyendo inmolada toda moral, en el fallo de un tribunal que pareceria escribir con la espada de los vencedores una

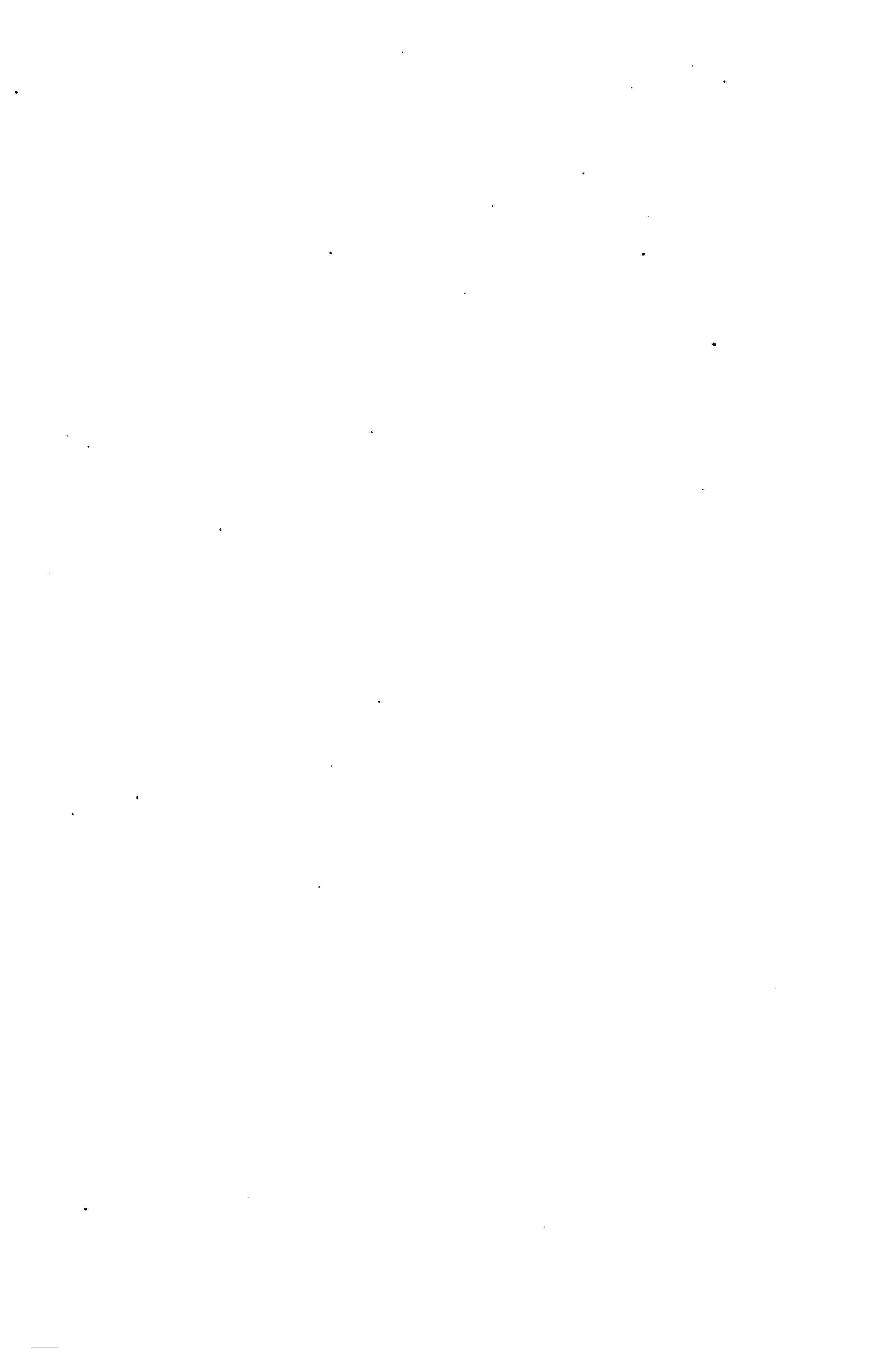
sentencia, en que probablemente, en vez de la justicia, se veria abrumada á la inocencia; y como ha dicho en admirables palabras un campeon de los gobiernos, un apóstol del principio de autoridad, « los hombres no » han podido soportar jamás ver al castigo caer de una » mano humana sobre una accion que ellos juzgan ino- » cente. Solo la Providencia tiene el derecho de tratar » severamente á la inocencia, sin dar cuenta de sus » motivos: de esto mismo el espíritu humano se asom- » bra y se inquieta, pero al menos puede decirse que » hay en ello un misterio, cuyo secreto no sabe, y se » lanza fuera de este mundo para encontrar su explica- » cion: sobre la tierra y de parte de los hombres *la » pena no tiene derecho sino sobre el crímen!* (1) »

Por todo lo expuesto, á V. S. suplicamos resuelva como lo dejamos pedido, etc., etc.

Otro sí decimos: Que segun publicaciones de muchos periódicos de esta capital, el consejo de guerra para juzgar á nuestros defendidos debe reunirse inmediatamente. Suponiendo que V. S. carecerá del tiempo necesario para resolver sobre lo principal antes de la reunion del consejo, es necesario adoptar una medida para evitar que la causa sea militarmente juzgada, mientras el juicio de competencia esté pendiente ante V. S. — El derecho de nuestros defendidos y la dignidad de la justicia nacional quedarian heridos de muerte, si el consejo resolviera por el tiempo y por el hecho, lo que solo debe ser resuelto por el estudio y por la ley. — Así, pues, no funcionando aun el consejo, y hallándose iniciado el juicio de competencia, pedimos á V. S.

(1) Guizot, lugar citado.

que, sin perjuicio de la resolucion que corresponda sobre lo principal, se sirva librar oficio al poder ejecutivo nacional, poniendo en su conocimiento estar legalmente iniciado ante V. S. el juicio de competencia contra el consejo de guerra ordenado para juzgar á nuestros defendidos, y pidiéndole que suspenda todo procedimiento hasta que este juicio sea definitivamente resuelto ; pues será justicia.



II

INFORME EN DERECHO

Suprema Corte de justicia:

Penetrado sin duda V. E. de la gravedad y trascendental importancia, que revisten las cuestiones comprometidas en el recurso entablado por los procesados militarmente, como autores ó cómplices de la revolucion de setiembre del año anterior de 1874, ante la jurisdiccion militar, reclamando el amparo y proteccion de la justicia nacional, como único juez competente del delito político de que se les acusa, nos ha permitido escribir en derecho para adelantar los fundamentos legales de que deriva la doctrina jurídica que justifica su causa y apoya en la justicia su peticion.

Haciendo uso del permiso que V. E. nos ha acordado, no vamos á repetir la exposicion del derecho con que comprobamos ante el juez de seccion, la legitimidad de las conclusiones á virtud de las cuales solicitamos con los otros defensores, el ejercicio de la

jurisdiccion nacional para conocer y decidir en la causa política, que por tribunal y jurisdiccion incompetente se sigue sin embargo á nuestros defendidos. Si á pesar de este propósito nos vemos obligados á volver sobre algunas consideraciones de derecho, expuestas ya en aquella ocasion, será solo con el objeto de adelantar el razonamiento respondiendo á objeciones que han aparecido despues, ó agregando algun nuevo fundamento que haya sugerido el estudio de esta delicada cuestion.

El procedimiento de la jurisdiccion incompetente se ha precipitado en estos últimos dias, para excusar sin duda, el justiciero fallo del mas alto é ilustrado tribunal de la nacion, y llevar violentamente la decision de una cuestion de derecho al terreno de los hechos consumados, donde muy generalmente la accion de la justicia deja de ser reparadora, porque la accion previsora de la ley se hace imposible ó ineficaz. — Y sin embargo, esa cuestion, que es de la mas alta importancia, como toda cuestion de jurisdiccion, y que despierta el mayor interés por su propia naturaleza, por las circunstancias de hechos y de personas que la rodean, por la influencia que está destinada á ejercer en nuestra jurisprudencia, y por ser esta la primera ocasion que viene fundamentalmente á tela de juicio ante la justicia nacional, incita al estudio paciente y detenido, y reclama una solucion legal, reflexiva y concienzuda.

Si otros intereses que los que se inspiran en una recta y fundada solucion, no dirigieran el procedimiento que se sigue por la jurisdiccion militar clara y terminantemente violatorio de las reglas consagradas por la ley nacional para el exámen y decision de toda

cuestion de competencia; si las pasiones de partido no tuvieran una influencia superior á los consejos de la razon y á las indicaciones severas y elevadas del derecho, respecto de personas y poderes que acaban de tomar parte activa en una lucha política; si solo se hubiera buscado, en fin, la solucion tranquila de un conflicto de opinion en materia de atribuciones y competencia de autoridad ante el Superior Tribunal erigido por la Constitucion para resolverlo, el presente caso estaria despojado de todos los accidentes que contribuyen á aumentar sus dificultades naturales, de todas las circunstancias que comprometen la tranquilidad del espíritu en su consideracion y estudio; de todas las exigencias que reclaman una pronta decision para no ver en un solo acto menospreciada la justicia, comprometida la independencia del poder judicial, desconocida la soberanía de la ley y conculcados los derechos de los particulares que la Constitucion y las leyes de la nacion, han querido garantir y preservar como condiciones esenciales de la libertad civil y política.

Pero el tiempo urge, Excmo. Señor; y si hemos de esperar que la violacion del derecho no triunfe en esta ocasion de una manera irrevocable, debemos ser tan parcos en el razonamiento, tan breves en la exposicion, que ocupemos el menor tiempo posible la atencion del Supremo Tribunal, dejándole el necesario para impedir que la violacion se consume, que queden para siempre desconocidos los derechos de nuestros defendidos, y que una solucion de hecho venga á imponer una decision, que debia prepararse por el estudio, pronunciarse por la ley, y formularse por los magistrados que la Constitucion ha establecido como único órgano de su voluntad.

I

NATURALEZA DEL DELITO

No pudiendo negarse que el delito de rebelion es por su propia naturateza un delito político, y por consiguiente un delito comun, se pretende demostrar que cuando es cometido por militares, concurren en su perpetracion elementos diversos de criminalidad, que pueden y deben distinguirse para aplicarles leyes diferentes y someterlos á distintas jurisdicciones.

Tan radical error está rechazado en principio por toda sencilla regla de criterio jurídico, y bastaria recordar para condenarlo sin duda ni apelacion, que, « hay dos delitos, cuando el uno es independiente del otro, cuando el perpetrador ha podido abstenerse de cualquiera de ellos ó de ambos, cuando en su intencion y propósito, que es lo que constituye la crimina-

lidad ó delincuencia, ha entrado la perpetracion de uno y otro hecho, intencion simultánea ó sucesiva, llevada al acto de delinquir, ó nacida en el acto ó á consecuencia del acto que constituye el delito ».

Pero no se dá el caso de la duplicidad del delito, cuando los actos son indivisibles ó inseparables, cuando delito, que está en la intencion y en el propósito del delincuente, no puede practicarse sin perpetrar otro acto, que tomado aisladamente seria por sí solo otro delito diferente.

Sin embargo, para legitimar la jurisdiccion militar en el caso de que nos ocupamos, el ministro de la Guerra, en una reciente comunicacion de que V. E. tiene ya conocimiento, dice al juez de seccion : que el crímen de los militares rebeldes consiste, « en la insubordinacion, inobediencia é indisciplina cometida, atentando contra la autoridad militar superior de quien dependen, y rompiendo los vínculos de sumision y respeto con que liga al militar la legislacion especial á que se halla sometido, *con entera prescindencia del carácter politico del atentado* ».

Llama motines militares al movimiento revolucionario que llevaron á cabo algunos gefes con la tropa á sus órdenes y á que se adhirieron otros despues que estalló la rebelion ó simultáneamente con esta, y pretende autorizar la distincion de los dos delitos, el uno militar, el otro comun, comprendidos en el mismo hecho de la rebelion, en una opinion anterior del poder ejecutivo.

Desde luego podemos afirmar á V. E. por el conocimiento particular que tenemos de los hechos, que esa opinion anterior del poder ejecutivo, no ha sido pronunciada en un caso idéntico ni semejante siquiera

al que ahora levanta la cuestion de competencia de jurisdicciones, cuestion que entonces, por esa razon no fué discutida, ni estudiada, ni resuelta con la atencion y maduro exámen que su importancia hubiera requerido. Se trataba en efecto de un oficial que resultó complicado con cierto número de individuos, en un complot dirigido contra el presidente de la República, cuyos fines y tendencias no eran conocidos. Sometido á juicio, el consejo de guerra, calificó el delito de rebelion, declarando : que se consideraba incompetente para conocer y decidir en una causa semejante, por el carácter político del atentado; pero que por cumplir las órdenes del gobierno que lo habia convocado, y no existiendo pena alguna en las ordenanzas que pudiera serle aplicable, condenaba al oficial á diez años de destierro, pena establecida por la ley nacional de 14 de setiembre de 1863.

No hubo en tal emergencia, alzamiento público, ni en abierta hostilidad contra el gobierno nacional, circunstancia característica y esencial del delito de rebelion, conforme á lo determinado en la ley penal, y la calificacion atribuida por el consejo al caso *sub judice* solo pudo encontrar apoyo en las tendencias ú objeto de la conspiracion en que se hallaba comprometido el oficial, segun los datos que la causa suministraba. Así, lejos de discutirse una cuestion de competencia que no se suscitó, lejos de examinar y resolver sobre la naturaleza del delito, materia del proceso, el poder ejecutivo en la resolucion de que se toman las palabras trascriptas por el ministro de la Guerra, solo tuvo por objeto desaprobar la conducta del consejo que calificaba de delito político el sometido á su jurisdiccion, y sin embargo de declararse incompetente por mayoría

de votos, abandonaba su rol de juez, asumia el de empleado subalterno en la gerarquía militar, desconociendo su elevada é independiente mision, y se avanzaba hasta interpretar leyes, aplicar penas y juzgar delitos, que él mismo creia completamente extraños á su competencia y jurisdiccion.

Dadas las circunstancias especiales del caso, á que la resolucion del gobierno se refiere, y los antecedentes que reconocia como base, se explican muy naturalmente y en sentido muy diverso las palabras y las ideas del párrafo aislado que el ministro de la Guerra trascribe. Esas palabras significaban: que el gobierno no habia entendido someter á la jurisdiccion del consejo de guerra, el delito de rebelion que el oficial hubiera podido cometer, el delito político que el consejo declaraba y juzgaba con arreglo á la ley comun, á pesar de reconocer su falta de jurisdiccion para el juicio y su incompetencia para el fallo. — El poder ejecutivo entendia que el delito del oficial, consistia en la insubordinacion é indisciplina cometida en el hecho de atentar contra la persona de su gefe ó contra la autoridad superior de quien dependia, entrando en una conjuracion dirigida contra uno ú otra, con entera prescindencia del carácter político que hubiera podido revestir el delito, si se hubiera consumado. — Entendia en fin, que el consejo ultrapasaba sus atribuciones pensando que el gobierno le cometia el conocimiento de un delito político, y que á pesar de reconocida su naturaleza y declarada por él mismo su incompetencia, debia de resolver, creyendo cumplir así las órdenes é intenciones del gobierno. — Si las palabras trascriptas expresan con generalidad una solucion que pudiera ser igualmente aplicable á otros casos diversos, su sentido está limitado por los

antecedentes particulares que las determinaron y por la ausencia de todo motivo que hubiera autorizado el estudio y decision de la cuestion de competencia, quedando así despojadas de toda autoridad para invocarse como un precedente ó como una opinion formulada de antemano sobre esa misma cuestion.

De todos modos, separadas esas palabras del caso particular para que fueron dictadas, y tomándolas como fórmula de una proposicion general que determina la solucion de una cuestion de derecho, es evidente que contienen un error que la sana crítica desecharia al instante sin esfuerzo; y ese error consiste en suponer que constituyen hechos ó delitos diferentes las circunstancias en que se encuentre el delincuente y los medios de que necesariamente ha debido prevalerse para llevar á cabo un hecho único, indivisible objeto de su intencion criminal y en que consiste el delito perpetrado. ¿Cómo podria concebirse el alzamiento público y en abierta hostilidad contra el gobierno nacional, para cualquiera de los objetos determinados en el artículo 14 de la ley penal, en un militar al mando de fuerzas, sino es atentando contra la autoridad superior de quien depende y rompiendo los vínculos de sumision y respeto con que lo liga la legislacion especial á que se halla sometido?

Si el delito de rebelion existe, si es un delito comun que puede ser cometido por militares ó particulares; si él está previsto y penado en la ley nacional, y si es verdad que la jurisdiccion competente para los delitos comunes y particularmente para los delitos políticos, es la jurisdiccion nacional, forzoso es concluir que no se le puede separar de su jurisdiccion, á pretexto de accidentes relativos á las personas ó á la ejecucion del

hecho mismo, que pueden constituir grados diferentes de culpabilidad, circunstancias agravantes, pero no hechos aislados, independientes, completamente separados y distintos del hecho único é indivisible de la rebelion, al que todas esas circunstancias concurren y convergen para formar un solo acto, objeto de una sola apreciacion jurídica y de una pena única.

Ejemplos abundantes de esta unidad en el juicio y en el criterio penal, que acompaña siempre á todo hecho culpable rodeado de accidentes ó circunstancias que tomadas aisladamente podrian ser consideradas como otras tantas trasgresiones de la ley, encontraríamos fácilmente en la multitud de hechos complexos que registran los anales de la criminalidad, y que aprecian con reglas particulares todas las legislaciones represivas del mundo civilizado; pero nos bastará invocar ante V. E. el testimonio mismo de la ley nacional, para comprobar la exactitud del principio.

La ley de 14 de setiembre de 1863 detalla con prolijidad los diversos hechos que caracterizan el mas negro de los délitos políticos, la traicion á la patria, definida por el artículo 103 de la Constitucion, y establece que ese delito se comete tomando las armas contra la nacion bajo banderas enemigas; facilitando ó procurando facilitar al enemigo la entrada en el territorio, el progreso de sus armas, la toma de una plaza, puerto militar, buque del estado ó almacen de municiones de boca ó guerra; suministrando voluntariamente al enemigo caudales, armas, embarcaciones, efectos ó municiones; reclutando ó levantando gente dentro del territorio para el servicio de una potencia enemiga; seduciendo las tropas de la nacion para engrosar las filas enemigas, ó suministrarles planos ó

noticias conducentes á facilitar las hostilidades; impidiendo que las tropas nacionales reciban los auxilios y noticias que les estaban destinados; hechos todos complexos, variables, susceptibles de ser descompuestos en muchos elementos simples, de carácter penal, pero que concurren á formar un solo delito previsto y penado por la ley.

Lo mismo sucede con el delito de rebelion en los hechos diversos y complexos indicados en los números del 1 al 4 del artículo 14 de la misma ley nacional, que define ese delito y determina los diversos objetos á que puede dirigirse la intencion criminal del agente.

Y sin embargo, en ambos casos la ley toma el objeto á que se dirige la intencion criminal, como el elemento esencial para caracterizar el delito, sin considerar aisladamente los diversos actos que pueden concurrir en su perpetracion y que son abandonados por las reglas del derecho al criterio del magistrado, como otras tantas circunstancias que pueden determinar el mayor grado de criminalidad y la graduacion de las penas.

La ley nacional que ha previsto y penado la traicion, no ha podido prescindir de la condicion de las personas que podian cometerla, y por el artículo 2º determina: que los funcionarios públicos de un órden superior y los gefes del ejército ó de la guardia nacional que la hubieren apoyado ó sostenido, serán castigados con la pena ordinaria de muerte: los oficiales subalternos, los empleados inferiores, los soldados y los meros ejecutores, á la pena de trabajos forzados en una escala proporcional.

Lo mismo sucede en la rebelion, respecto de la cual el artículo 15 dispone: que los que la hubieren promo-

vido ó sostenido y los caudillos principales, sufran la pena de extrañamiento por diez años; pero si fueran personas constituidas en autoridad, ó que la hubieran obtenido durante la rebelion, y en las otras circunstancias agravantes, que la misma disposicion indica, deberán ser condenadas á pagar una multa cuyos límites determina. Penas proporcionales aplica la ley á los que ejercieron un mando subalterno en la rebelion y á los meros ejecutores; determinándose además por el artículo 18, que los que se hubieran hecho reos de crímenes particulares durante la rebelion, ó con ocasion de ella, serán castigados con la pena mayor que corresponda á estos delitos.

Estas disposiciones de la ley nacional, dejan así fuera de cuestion, no solo que los delitos que preve y define se componen de hechos diversos y complexos que no alteran su naturaleza propia, ni desvirtúan su clasificacion legal, aun cuando pudieran modificar la penalidad, sino tambien que la jurisdiccion nacional establecida por la Constitucion para entender en todas las causas regidas por ella y por las leyes de la nacion, es exclusivamente competente para entender y decidir en las causas que se refieran á esos delitos, cualquiera que sea la calidad de las personas, mencionando expresamente las que pertenecen al ejército como sometidas á su jurisdiccion.

Otro error de clasificacion de derecho y error elemental, al mismo tiempo que una inexactitud sobre los antecedentes de la causa, es llamar motines militares al levantamiento en armas que llevaron á cabo algunos de los procesados políticos concurriendo con las tropas de su mando á la revolucion de 24 de setiembre; porque es público y notorio que el tal levantamiento,

por su forma, por el objeto que tuvo en vista, por los fines que realizó, no puede nunca ser considerado como un movimiento interno y subversivo de una parte de las tropas que componen el ejército, con tendencias privadas y circunscriptas al órden interior y régimen particular del servicio. Un motin militar, para ser considerado como tal, como lo definen las ordenanzas, no es mas que la sublevacion de la tropa que exige tumultariamente y por la violencia la satisfaccion de algun interés ó de alguna exigencia en asuntos del servicio, ó la sublevacion de una parte de la tropa contra la obediencia y disciplina á la autoridad superior en mando, sin tendencia ni fin político.

Pero la revolucion de setiembre, el movimiento de las tropas que concurrieron á ella, tuvo fines muy diversos y propósitos muy diferentes; no se trataba de exigencia de ninguna especie en el régimen interior del servicio, ni de librarse por medio de una resistencia armada, del mando superior de un gefe, que no contara con la sumision y consideracion de sus subordinados; y el gobierno mismo como la opinion, han dado á aquel acto la calificacion propia conforme á sus tendencias políticas y á su objeto conocido.

El decreto de 11 de octubre de 1874, dispone, que: « Todos los gefes y oficiales del ejército de la nacion que han tomado parte en la *rebelion armada* contra las autoridades constitucionales serán considerados desertores y como tales, borrados de la lista militar, perdiendo todos los derechos y exenciones adquiridas, quedando en todo tiempo sujetos á la accion de un consejo de guerra que entienda en la causa. »

Por decreto de 18 de diciembre de 1874, que forma cabeza de proceso en la causa militar se dispone que:

« Debiendo ser juzgados con arreglo á las leyes militares los gefes y oficiales de línea *que tomaron parte en la rebelion de 24 de setiembre último*, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° de la ley de 14 de setiembre de 1863, sobre jurisdiccion y competencia de los tribunales nacionales; y de acuerdo con lo que dispone el artículo 1°, título 6°, tratado 8°, de las ordenanzas, y el artículo 2° del mismo título y tratado: el presidente de la República decreta : Art. 3° Serán juzgados por este consejo, desde teniente coronel hasta brigadier inclusive, que se sometieron en Junin. »

La participacion en la revolucion de setiembre, la rebelion de setiembre, es el delito materia del proceso, es el hecho cometido á la investigacion, es el delito, en fin, deferido á la investigacion y al fallo del consejo de guerra. El gobierno mismo cuida de calificarlo: y como pudiera parecer necesario justificar el derecho con que somete á la jurisdiccion militar, un delito esencialmente político, invoca el artículo 7° de la ley nacional sobre jurisdiccion y competencia, que deja á salvo la de los consejos de guerra en los casos en que *segun las leyes vigentes deba tener lugar*, para disculpar el juicio de un tribunal excepcional con la calidad de las personas que se entregan á su jurisdiccion. Son pues, actos públicos, documentos oficiales, los que caracterizan y clasifican el delito que se imputa á nuestros defendidos, desmintiendo la apreciacion de motines militares con que aparece designado en la nota del ministro de la Guerra, con el único fin de excusar en alguna manera el injustificable avance que se pretende consumar en la jurisdiccion que la Constitucion ha atribuido á la justicia nacional.

Puedo afirmar todavía á V.E. que no hay un solo

dato, un solo hecho en la tramitacion del proceso militar seguido á nuestros defendidos, que dé motivo para suponer que la causa tiene alguna conexion con un motin militar que se haya procurado investigar y reprimir.

Ni en los hechos ni en el derecho, por consiguiente, se encuentra el menor fundamento para afirmar que existan varios hechos susceptibles de ser apreciados y juzgados por jurisdicciones diferentes, y que deban ser sometidos á distintos jueces y penados por leyes diferentes; ni que el hecho de la revolucion de setiembre pueda ser confundido jamás con un motin militar; ni que sea lícito dudar que la jurisdiccion nacional es la única competente para entender y decidir en las causas por delitos políticos regidos especialmente por la Constitucion y leyes de la nacion.

II

JURISDICCION DE LOS TRIBUNALES MILITARES

La ley de 14 de setiembre de 1863, al determinar los límites de la jurisdiccion y competencia de los tribunales nacionales declaró en su artículo 7° que la jurisdiccion criminal atribuida por ella á la justicia nacional, en nada altera la jurisdiccion militar, en los casos en que segun las leyes existentes deba procederse por consejos de guerra.

Para conocer los límites de la jurisdiccion militar, es preciso pues recurrir á las leyes existentes para averiguar cuáles son los casos en que deba procederse segun ellas por consejos de guerra; y como la mas amplia jurisdiccion militar era acordada por las ordenanzas del ejército que establecian en favor de los militatares el privilegio de un fuero personal, que sustraia sus personas, sus derechos y sus cosas de la jurisdic-

cion ordinaria y comun para someterlas exclusivamente á la militar, debemos averiguar primero cuáles eran los límites de esta jurisdiccion, para establecer en seguida aquellos á que ha quedado reducida despues de la Constitucion que abolió todo fuero personal, y de las leyes nacionales que han organizado y reglamentado la jurisdiccion y competencia de sus tribunales.

Tres órdenes distintos de jurisdiccion militar existian con arreglo á la ordenanza para el conocimiento y juicio de todos los asuntos civiles y criminales, pertenecientes á individuos que disfrutaban del fuero de guerra.

Primero: El consejo de guerra de capitanes, ó consejo de guerra ordinario que ejercia jurisdiccion criminal, tanto en los delitos militares como en los comunes, con tal que no sea de los exceptuados en que no vale el fuero militar, en que incurran los individuos del ejército, de sargento inclusive abajo, comprendidos los cadetes, estando prohibido á los coroneles y demás gefes, imponer pena alguna, ni aun privadamente, siendo grave, sin que preceda sentencia del consejo de guerra de oficiales con todas las formalidades que previene la ordenanza (1).

Segundo: El consejo de guerra de oficiales generales establecido por la ordenanza en el artículo 1° y siguientes del título 6°, tratado 8°, y á cuya jurisdiccion corresponde todo crímen militar y falta grave en que los oficiales incurrieren contra el servicio, hallándose determinados especialmente dichos delitos y faltas en el título 7° del mismo tratado. Todos esos delitos se refieren á trasgresiones del deber militar en las opera-

(1) Art. 1°, tít. 5°, tratado 8°, ordenanzas del ejército; y real órden de 20 de agosto de 1771, comunicada á Indias en 1° de marzo de 1780.

ciones y servicio de guerra, habiéndose dispuesto por real órden del 12 de marzo de 1781, con motivo de dudas suscitadas por otra de 29 de setiembre del año anterior, que, « solamente se formen procesos á los oficiales en las casos que previenen los títulos 6º y 7º del tratado 8º de las ordenanzas generales, y en que debe seguirse el consejo de guerra de oficiales generales ».

De estas disposiciones resulta que la competencia del consejo de guerra de oficiales generales se halla. circunscripta á los juicios que provoque la conducta de un oficial en las operaciones militares ó en el servicio de guerra que tuviere que desempeñar y por lo que pudiera interesar la gloria y el honor de las armas.

Todos los delitos comunes, los delitos militares que no se refieren al servicio de guerra, así como los negocios civiles, quedaban excluidos de la jurisdiccion del consejo y su conocimiento era deferido por las ordenanzas á otro tribunal.

Tercero : El capitan general de ejército ó de provincia con sus auditores, que conoce de todos los negocios y cosas de justicia que ocurran en el ejército, de individuos del fuero de guerra, así en asuntos civiles como en los criminales, que no sean exceptuados ó cuyo conocimiento no competa al consejo de guerra ordinario ó al de oficiales generales en sus casos respectivos.

De suerte que para no hablar del supremo consejo de guerra, tribunal superior, al que iban en general todas las causas en apelacion, que dejó de existir entre nosotros desde la época de nuestra emancipacion política, privándose así de las causas militares de esta última garantía que no ha sido reemplazada por ninguna otra, quedaban subsistentes los tres tribunales

mencionados, determinándose los límites de su competencia en esta forma:

El consejo de guerra ordinario, á quien corresponde el ejercicio de la jurisdiccion criminal por delitos militares ó comunes, cometidos por individuos del ejército desde sargento inclusive abajo.

El consejo de guerra de oficiales generales, á quien corresponde el conocimiento de todos los delitos cometidos por oficiales, relativos á funciones de guerra ú operaciones militares.

Los capitanes generales de ejército ó provincia, puestos desempeñados entre nosotros por el presidente de la República, y los generales en gefe de ejército, á quienes corresponde el ejercicio de la jurisdiccion civil relativamente á todos los individuos pertenecientes al fuero de guerra, y la criminal por delitos cometidos por los oficiales cuyo conocimiento no compete al consejo de guerra de oficiales generales y por apelacion de las causas correspondientes al consejo de guerra de capitanes.

Y si consideramos que la abolicion del fuero personal ha privado á la justicia militar de toda competencia en los negocios civiles de los individuos del ejército, la jurisdiccion criminal queda reducida á los tres juzgados indicados, conforme á lo dispuesto en las ordenanzas del ejército, que ninguna ley ni disposicion patria ha alterado ni modificado. Solo la práctica ha desvirtuado en parte el ejercicio de esa jurisdiccion, limitando el rol del auditor al del simple consejero; no se conoce mucho tiempo há procesos levantados por este funcionario, cuyas atribuciones en esta parte se ejercen por un fiscal permanente, nombrado por la administracion.

De las disposiciones de la ordenanza resulta por consiguiente que aun bajo el imperio del fuero personal, solo eran justiciables de los consejos de guerra todos los delitos sin excepcion, cometidos por los individuos de la clase de tropa y los delitos de los oficiales, relativos á operaciones militares y servicio de guerra.

Veamos ahora las leyes posteriores que hayan podido introducir alguna variacion en la legislacion militar existente,

Tenemos en primer lugar el artículo 16 de la Constitucion, que al abolir todo fuero personal, ha derogado los privilegios y legislacion establecida por las ordenanzas del ejército y á virtud de las cuales, la justicia militar se atribuia el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares, por razon de las personas, por razon del fuero de guerra de que disfrutaban.

Tenemos en segundo lugar, las leyes nacionales, que al reglamentar la organizacion y atribuciones del poder judicial han determinado y especificado los delitos cuyo conocimiento y castigo corresponde exclusivamente á los jueces de la nacion, encontrándose entre ellos muy particularmente los delitos políticos.

Como el precepto constitucional aboliendo todo fuero personal es absoluto, sin limitacion ni excepcion alguna, se ha pretendido por los que quisieron extender la jurisdiccion militar que la jurisprudencia habia sancionado una excepcion que debia respetarse en la práctica. Esa jurisprudencia, está fundada en la disposicion del artículo 4° de la ley de 5 de julio de 1823, de la Legislatura de Buenos Aires, segun la cual quedaba sujeto á la jurisdiccion militar todo delito cometido por militares dentro de los cuarteles, en marcha, en campaña

ó en actos de servicio. Pero fuera de que no podria llamarse jurisprudencia una opinion que carece de confirmaciones judiciales, ella consagraria una doctrina antijurídica que no podria resistir al mas sencillo criterio legal.

En efecto, el artículo de la ley de Buenos Aires, que establecia una excepcion al fuero personal, admitiendo una especie de fuero mixto, compuesto del elemento personal y de un elemento local, por el lugar en que el delito se cometia, no podria servir de base legítima á ninguna doctrina ó jurisprudencia, fundada en el precepto de la Constitucion que no ha sentado restriccion ni excepcion alguna.

La abolicion del fuero personal, es absoluta y completa; y sin violar el precepto expreso, no se podria admitir nunca la condicion de la persona, como un elemento capaz de determinar una jurisdiccion excepcional, cuando por la naturaleza del hecho que motiva el juicio, la causa correspondiera á la jurisdiccion comun.

Y si en tan delicada materia fuera lícito suponer las intenciones del legislador para interpretar su mandato, todavía no podrian ampliarse los términos precisos en que está concebido, porque debe suponerse que cuando los autores de la Constitucion formularon el artículo que abolió los fueros personales para siempre, tuvieron en cuenta la ley anterior y la doctrina vigente que rechazaban con su exclusion.

Si en la provincia de Buenos Aires era jurisprudencia fundada en la ley de 1823, que los delitos comunes cometidos por los militares en cuartel, en marcha, en campaña ó en actos de servicio, estaban sujetos á la jurisdiccion militar, esa jurisprudencia ha dejado de

ser legal y no puede ya invocarse como fundamento de una doctrina jurídica, desde que treinta años mas tarde la Constitucion de 1863, abolió absolutamente todo fuero personal, quedando así rechazada y derogada para la nacion la excepcion que consagraba la ley del Estado.

Una doctrina, además, fundada en una ley de una provincia, podria invocarse como plausible ó aceptable tratándose de un asunto que cae bajo la jurisdiccion nacional, siempre que una ley de la nacion no hubiera particularmente regido el punto en cuestion; pero ella no podria legítimamente admitirse cuando como en el presente caso, existiera una regla obligatoria para la nacion que fijara de distinta manera la apreciacion jurídica á que la doctrina se refiera; y sobre todo cuando esa regla es un precepto constitucional á que toda ley anterior ó posterior de la nacion ó de un Estado queda sometida y de cuya observancia en ningun caso es lícito prescindir.

Si una ley de la nacion, posterior á nuestra Constitucion, no habria podido establecer una excepcion cualquiera en favor del fuero personal, que aquella abolió completamente y para siempre, con menor razon podria invocarse como legítima, una jurisprudencia fundada en una ley provincial que establece esa excepcion anterior á la Constitucion, que solo podria aducirse como doctrina en asuntos nacionales, cuando es manifiestamente contraria al precepto constitucional cuya prohibicion quebranta, y cuya aplicacion deja en parte sin efecto.

Y no podria dudarse, Excmo. Señor, que atribuir á la jurisdiccion militar el conocimiento de los delitos comunes, cometidos por militares en cuartel, en mar-

cha, en campaña ó en actos de servicio, es introducir una excepcion al precepto constitucional, es mantener respecto de ciertos delitos el fuero personal abolido, es limitar esa abolicion á los delitos cometidos por militares, que no se encuentren en las condiciones establecidas por la excepcion. La Constitucion, solo ha dejado subsistente un fuero, el fuero real, el fuero de las causas; de suerte, que toda ley ó doctrina que prescindiendo de la naturaleza de la causa, quiera atribuir á la jurisdiccion militar un delito comun, cometido por militares, mantiene el fuero personal abolido, é introduce una excepcion que la Constitucion rechaza, porque la determina la calidad de la persona, la razon de ser militar. Si otro fuera el motivo de la excepcion, ella admitiria como legítima la jurisdiccion militar, aun respecto de personas no comprendidas en el fuero de guerra; pero ni la ley de Buenos Aires de 1823, ni la doctrina fundada en esa ley, han pretendido jamás extender su aplicacion á los particulares que pudieran cometer delitos en los cuarteles, en marcha, en campaña ó en actos del servicio militar. Sus mismas palabras habrian excluido siempre semejante ampliacion, porque esa ley se refiere única y exclusivamente, á delitos cometidos por militares, cuyo conocimiento debia atribuirse á la jurisdiccion especial á que por su calidad y condicion estaban sometidos.

Las observaciones precedentes se oponen eficazmente en nuestra opinion, á las que consigna el juez de seccion en su sentencia, para mantener respecto de nuestro defendido la subsistencia del fuero excepcional, y la competencia de la jurisdiccion militar, por haberse hallado al mando de fuerzas en la frontera, cuando tomó parte en la rebelion de que se le acusa.

Se oponen tambien á la doctrina consignada por el Dr. Ferreyra en un informe dirigido al gobierno de la Confederacion en 1860, sobre un delito análogo al que nos ocupa, y consignado en la publicacion oficial, ordenada por el anterior presidente de la República, de los informes del procurador general y resoluciones del poder ejecutivo, página 136.

El juez de seccion procurando fortalecer su doctrina con la autorizada opinion de V. E., dice : « que la jurisprudencia establecida por las resoluciones de la Suprema Corte, confirma la distincion establecida por la ley citada de 5 de julio de 1823, la que aun sin esta autoridad, tiene su fuerza, como parte del derecho comun de esta provincia, donde se ha deducido la cuestion de competencia, segun se desprende del artículo 93 de la ley penal. »

Hemos visto ya, que la ley de la provincia de Buenos Aires de 5 de julio de 1823, no puede formar doctrina ni jurisprudencia, ni mucho menos, derecho comun en una provincia, tratándose de un punto regido por la Constitucion y las leyes de la República, que son la ley suprema de la nacion, principalmente cuando aquella ley, en la parte que se considera pertinente, está en abierta oposicion con un precepto constitucional. Creemos por lo tanto que no debemos insistir sobre este punto.

¿Es acaso cierto que las supremas decisiones de V. E. hayan alguna vez corroborado la distincion establecida por la ley de 5 de julio de 1823?

Nos parece, Excmo. Señor, que el juez de seccion, ha sido víctima de un error, excusable sin duda, por el influjo que los precedentes legales, ejercen siempre en el espíritu, cuando viene por primera vez á preocupar

la atencion una cuestion trascendental, cuya discusion se presenta bajo nuevas faces legales, contrarias á las que hasta entonces, habian servido de punto de partida para decidirla; pero no por eso deja de ser un error, y un error fácilmente demostrable.

Y ante todo, ¿cuál era la distincion establecida por la ley de 5 de julio de 1823? — Despues de abolir todo fuero personal y de declarar que eran delitos militares los que solo tenian ese carácter, cometidos por un militar, única causa en que la jurisdiccion militar era legítima; la ley distinguia los delitos comunes en dos categorías : los unos que por su naturaleza, por el fuero real de la causa, y á virtud del principio general de la abolicion del fuero personal, debian ser sometidos á la jurisdiccion ordinaria — los otros, que á pesar de ser delitos comunes, y no obstante la abolicion del fuero, debian atribuirse á la jurisdiccion militar, por razon de haberse cometido por militares, en cuartel, en marcha, en campaña, ó en actos de servicio. La distincion era pues, en los delitos comunes, de los que se exceptuaban algunos de la regla general, conservándose el fuero personal á su respecto.

Entretanto, si consultamos una por una las decisiones de V. E. que el juez cita en su sentencia, lejos de ser confirmada la distincion hecha por la ley de la provincia de Buenos Aires, que se examina, la veremos por el contrario desconocida y condenada, manteniendo en todo su vigor, el principio de la abolicion absoluta del fuero, y como única regla, la competencia de la jurisdiccion por la naturaleza de la causa.

En el caso de Juan Pescasa por complicidad de rebelion, V. E. revocó la sentencia del juez de seccion, declarando absuelto de toda culpa y cargo y ordenando

su libertad inmediata, porque como consta de su resolucion, no encontró en la causa elemento alguno que pudiese contribuir á establecer su culpabilidad, como autor ó cómplice del delito que se le imputaba, declarando : que el único cargo que aparecia revestido de algun fundamento, solo constituia una insubordinacion militar por haber desobedecido las órdenes de su superior, sin que por tal acto pudiera atribuírsele, ni resultara probada la intencion de consumar la rebelion, ni favorecerla. La ausencia de todo delito comun y la existencia de una falta militar, puramente militar, como la insubordinacion, determinan claramente el alcance de la decision de la Suprema Corte, que lejos de confirmar la distincion de la ley de 5 de julio, la condena expresamente, estableciendo come único fuero legítimo, el fuero real, el fuero de causa, la razon de la naturaleza del delito. « Si hay cargo, dice la Suprema Corte, ese es un cargo que se refiere á un delito puramente militar, la insubordinacion, ageno por consiguiente á mi competencia; y como en la causa no existe ningun elemento para considerar culpable al acusado de un delito comun, la rebelion, lo absuelvo de toda culpa y ordeno su inmediata libertad. » Esta sentencia no importa pues otra cosa, que la proclamacion explícita del fuero real, del fuero de las causas en materia de competencia de jurisdiccion.

El segundo caso citado, es la causa 35 contra D. D. H..., acusado de defraudacion de los dineros públicos, como gefe del batallon San Luís.

En esa ocasion, V. E. declaró confirmando los fundamentos del juez de seccion, que la justicia nacional es incompetente para conocer de delitos de defraudacion de dineros públicos, cometidos por militares, en

el desempeño de sus funciones, y que el juzgamiento de tales delitos corresponde á la jurisdiccion militar.

En efecto, la defraudacion se habia verificado haciendo revistar soldados de mas en las listas del cuerpo y dando recibo de provisiones de boca, con arreglo á esas listas, lo que constituia un delito puramente militar, porque solo por un militar podia ser cometido, previsto y castigado por las ordenanzas (1). La sentencia reconoce que el caso no está previsto por las leyes civiles, por ser extraño á ellas: y sí considerado por las leyes militares, segun las cuales los individuos del ejército que suplantan plazas, cobran raciones indebidas, ó de cualquier otro modo se aprovechan de los dineros del Estado, deben ser juzgados militarmente por consejo de guerra.

El delito pues, en verdad, es puramente militar, y el único error que pudiera reprocharse á la sentencia, error incidental, que en nada afecta á la cuestion que debatimos, es el haber atribuido á la jurisdiccion del consejo de guerra un delito justiciable únicamente de la autoridad administrativa, del capitan general.

Pero lejos de confirmar la distincion de la ley de 5 de julio, la condena por el contrario, estableciendo tambien, como en el caso anterior, que la única jurisdiccion competente, es la jurisdiccion militar, porque el delito de que se trata, es un delito puramente militar, que solo por individuos del ejército puede ser cometido.

El tercer caso, en fin, es la causa 53, sobre competencia entre el juez nacional de Salta y el general en gefe del ejército del Norte, D. Ignacio Rivas, y en la

(1) Art. 21, tít. 3°, tratado 9°.

cual V. E. declaró : 1° que el conocimiento de las causas sobre crímenes, que ofenden la soberanía y seguridad de la nacion, no corresponde á los consejos de guerra, sino á los jueces de seccion; 2° que rebelarse contra el gobierno general, es un delito contra la seguridad de la nacion.

Basta enunciar este sumario de la decision de V. E. para convencerse : que lejos de desvirtuar el principio de la abolicion de todo fuero personal, admitiendo la excepcion establecida por la ley de 5 de julio, V. E. proclama el dominio absoluto de aquel principio, afirmando que toda causa que verse sobre delitos que comprometen la soberanía y seguridad de la nacion, corresponde á la competencia y jurisdiccion de los tribunales nacionales, cualquiera que sea la calidad de las personas, y ese convencimiento, alcanzaria el grado de energía de una conviccion profunda, leyendo el texto mismo de la decision que no trascribo por no pasar los límites de este escrito, y por ser además, bien conocida de V. E. — Réstanos solo, algunas breves reflexiones, sobre la vista fiscal del Dr. Ferreyra, cuya opinion concuerda con la del señor juez de seccion, adelantando otros motivos, que nos atrevemos á calificar desde ya de improcedentes, por carecer de base legítima en nuestra legislacion.

El Dr. Ferreyra reconoce que estando abolidos los fueros personales por la Constitucion, el fuero militar ha quedado reducido á solo el de causa; pero al clasificarlo incurre en el error de agregar á los hechos que tienen un carácter puramente militar, á que se reduce solo el fuero de causa, hechos ó delitos comunes, cometidos en el servicio y ejercicio activo, ó por causa ó motivo de él. « Mas claro, dice : la materia militar puede

comprender, primero : los actos por su naturaleza de carácter militar, tales, que solo bajo ese carácter se cometen, como los que miran al servicio y disciplina, á los deberes puramente de órden militar; segundo : los actos militares en sí, que adquieren tal carácter porque son cometidos con ocasion, causa ó motivo de servicio activo; como los hechos cometidos en un cuartel, campamento ó marcha, en los establecimientos militares, y donde quiera que esté en servicio activo, el agente, al tiempo que los ejecuta ».

Como se ve claramente, los casos comprendidos en el segundo inciso, son los determinados como excepcion en la ley de 5 de julio de la provincia de Buenos Aires, que cita el mismo Dr. Ferreyra, y los cuales procura justificar con la doctrina de los escritores franceses. Tales fundamentos quedan sin embargo fácilmente destruidos recordando las observaciones que acabamos de hacer sobre la ley de 5 de julio y haciendo notar que la jurisprudencia y la doctrina de los escritores franceses, sobre todo, la de Chaveau Adolphe, que el mismo Dr. Ferreyra invoca, reconoce como base, una legislacion que establecia el fuero personal en todo militar en servicio activo, y de la cual fué tomada la ley de 5 de julio tantas veces recordada.

« La competencia de los tribunales excepcionales, dice este escritor, solo debe existir para los militares, ó en las personas necesariamente adheridas al ejército, y solamente en razon de los delitos militares que hayan cometido. Esos delitos pueden reducirse á dos especies : los unos de órden político, son aquellos que atentan á la disciplina del ejército, los que infringen el deber militar; los otros pertenecen al órden moral, son delitos comunes que toman un carácter mixto, en

razon de la calidad de las personas de los acusados y de aquellas á quienes perjudican, tales son los delitos cometidos de militar á militar y los robos en los cuarteles. Pero las infracciones de esta segunda categoría, no debian pertenecer á los consejos de guerra, sino cuando los acusados estén en plena actividad de servicio; en cualquiera otra situacion no exigiendo su concurso la necesidad del servicio militar, debieran ser de la competencia de los tribunales ordinarios. »

El mismo autor recuerda y adopta la opinion de Légraverend, segun la cual, « todos los hechos que hieren las leyes generales de la sociedad ó que se dirigen contra individuos no militares, debian ser considerados como delitos comunes y sometidos á la justicia ordinaria; no debiendo entenderse por delitos militares, sino los delitos contra la disciplina militar, ó cometidos de militar á militar ».

Chaveau Adolphe, avanzando en el terreno liberal los principios y la teoría de la competencia de jurisdiccion, criticaba una legislacion que sin ser tan absoluta, como la de las ordenanzas, extendia sin embargo, el fuero personal, mucho mas allá, que lo que la razon y las reglas de la justicia indicaban como necesario. Pero esta teoría, que con un poco de mayor ampliacion, la ley de 5 de julio adoptó, no puede mantenerse ni sustentarse bajo el imperio de un principio constitucional, que sin restriccion alguna ha abolido para siempre todo fuero personal.

Allí donde el fuero existe, justo y racional es procurar restringirlo hasta los límites mas estrictamente necesarios; pero no se pueden aducir los fundamentos de la limitacion, como razon para establecer el fuero, donde la legislacion lo ha proscripto completamente; y

por este motivo afirmamos sin vacilar ante V. E. que la ley de 5 de julio y la doctrina de los escritores franceses en que se apoyaba, era improcedente entre nosotros, debiendo agregar ahora que es radicalmente opuesta al precepto de la Constitucion en su letra y en su espíritu.

Ni se puede tampoco afirmar, que semejante ampliacion del fuero, sea requerida por la naturaleza de las cosas, y como una necesidad de la conservacion del órden y disciplina en el ejército, porque, si algunos inconvenientes produjera, ellos no serian nunca insuperables, consistiendo únicamente, en la separacion de las filas, de los acusados, para someterlos á la jurisdiccion competente.

De lo expuesto hasta aquí, debemos deducir : que segun la Constitucion y las leyes nacionales no son de la competencia de los consejos de guerra ni los delitos comunes cometidos por militares, por la abolicion del fuero personal, ni los delitos políticos que atacan la soberanía y seguridad de la nacion y que por esta razon particular, como por ser delitos comunes, las leyes atribuyen exclusivamente á la jurisdiccion de la justicia nacional.

¿Cuáles son, pues, los casos en que segun las leyes vigentes deba procederse por consejos de guerra? Podemos responder sin vacilacion, con el Código militar en la mano, y en presencia de la Constitucion y de las leyes nacionales que lo han modificado : 1° que son justiciables del consejo de guerra ordinario todos los delitos puramente cometidos por individuos de tropa, con exclusion de todo delito comun; 2° que son justiciables del consejo de guerra de oficiales generales, únicamente los delitos determinados en el título séti-

mo, tratado 8°, de las ordenanzas del ejército, con exclusion de todo delito militar no designado en ese título; de todo delito comun y particularmente de todo delito político, cuya competencia es atribuida privativamente, á la justicía nacional; 3° que corresponden á la jurisdiccion del capitan general, actuando con el auditor de guerra, todos los delitos puramente militares de los oficiales, que no están determinados en el título 7°, tratado 8°, de las ordenanzas.

Tales son los casos á que el artículo 7° de la ley nacional se refiere, y los cuales segun las leyes vigentes deben ser juzgados por consejos de guerra ó sobre los que la jurisdiccion militar es competente.

III

LEY MARCIAL

Debiera dar aquí por terminada esta exposicion del derecho que se ventila en la cuestion de competencia, si no me sintiera irresistiblemente inclinado á agregar algunas palabras mas, para rechazar con toda la energía de mis convicciones la existencia de una ley marcial que no tiene base alguna en nuestra legislacion, ni reconoce antecedente en nuestras costumbres.

Con ese nombre verdaderamente fatídico en la historia de los pueblos libres, se designa una situacion de hecho, que suprime todo derecho civil y político, y somete los hombres y las cosas á la voluntad del comandante en gefe de un ejército en operaciones de guerra. Tan absoluta autoridad no está conferida por ley alguna escrita; se hace derivar por implicancia de las funciones propias al comando de los ejércitos y á la

direccion de la guerra; se la extiende á todas las circunstancias, casos ó materias que puedan interesar ó relacionarse con el objeto, los medios ó los resultados de las operaciones militares; no reconoce en fin otras limitaciones, ni mas reglas deducidas que las del criterio propio del que la ejerce, y de la opinion que juzga *à posteriori*; segun los principios de la razon natural, aplicados á las condiciones particulares de cada caso.

¿Cuál es el legislador que ha constituido tan omnímoda autoridad, dictando una ley cuyos términos precisos no se conocen, cuyos principios se ignoran, que no contiene reglas de aplicacion, que no determina procedimiento, que no impone responsabilidad, que no consagra limitacion de poder?

El legislador omnipotente de la necesidad y del hecho, se ha respondido, cuyo poder ilimitado solo conoce una valla : la fuerza; cuya responsabilidad solo puede hacerse efectiva ante un solo tribunal : la conciencia de la humanidad ó la opinion pública.

Sabemos, Excmo. Señor, que la necesidad carece de reglas fijas, tratándose de las acciones de los hombres que deben adaptarse á una línea de conducta trazada de antemano, y que por profunda que sea la sabiduría de la inteligencia humana, cuando se aplica á determinar un conjunto de principios y de reglas segun las cuales debe gobernarse la sociedad civil, jamás podria concebir *à priori*, todos los casos, todos los accidentes, todos los sucesos que aisladamente y por sí solos, ó acumulados y combinados, podrian ser dirigidos y dominados por la inteligencia previsora de la ley; y la historia nos enseña que las Constituciones mejor concebidas, las legislaciones mas sabiamente preparadas, han caido con los pueblos que las concibieron y

practicaron, al empuje irresistible de hechos combinados, de sucesos imprevistos, que habian profundamente alterado y conmovido las condiciones de existencia social y burlado la prevision del legislador en las tendencias y marchas progresivas de los pueblos.

El hecho se impone entonces irremediablemente, destruyendo ó modificando el derecho actual, dominando al hombre y sus relaciones, con un poder de que no puede libertarse y que lo obliga irremisiblemente á fundar en él un derecho nuevo, buscando con afan la relacion moral que liga la nocion de lo justo y de lo injusto, y el hecho ó la necesidad existente.

Pero no tratamos ahora de los resortes por medio de los cuales se comnueven, se minan y caen al fin las constituciones mas hábilmente preparadas, sino de la existencia de una institucion que se dice apoyada por la Constitucion misma, que marcha paralelamente con ella, y que no obstante su abierta oposicion, se dice necesaria y aun conveniente para su propio vigor y mantenimiento. Por mas que la ley marcial sea en verdad la negacion de todo derecho, ó por lo menos del derecho escrito y garantido como condicion de la vida civil y política, se pretende sin embargo hacerla derivar de las mismas instituciones con cuya vigencia es incompatible, y se la pretende fundar en la necesidad y en la conveniencia de adoptarla en determinadas circunstancias, para la conservacion y vigor de las instituciones que con su imperio conculca y de que es una negacion.

¿Qué es en efecto la ley marcial? —No siendo una ley escrita, carecemos de base cierta para apreciar con exactitud su inteligencia y sus límites. La palabra misma con que se la designa carece de antecedente, y

de expresion en nuestra legislacion; y nuestra lengua no le atribuye la genuina significacion que le dan los pueblos en que ha tenido orígen y que alguna vez le han dado aplicacion.

Tenemos, pues, que preguntar á los escritores de esos pueblos, cuál es su importancia, su significacion y su objeto para compararla en seguida con nuestras instituciones y examinar si puede desempeñar un rol legítimo mientras ellas mantengan su imperio.

Blackstone, el profundo comentador de la legislacion inglesa, confunde la ley marcial, con las leyes que rigen el órden y disciplina del ejército y llama cortes marciales á los tribunales constituidos para aplicarla.

De la misma opinion son la mayor parte de los escritores ingleses, y en ese mismo sentido la convencion de Maryland de 1788, en su declaracion 13 decia : — « Siendo contrario á la Magna Carta, castigar á un hombre libre, por la ley marcial, es asesinato ejecutarlo. »

Eduardo Coke decia tambien en sus *Instituciones* (1): « Si un lugar teniente, ú otro empleado munido de comision ó autoridad militar, ahorca ó ejecuta de otra manera en tiempo de paz, á un hombre, so pretesto de la ley marcial, este es un asesinato. »

Pero la ley marcial así confundida en su verdadera nocion, vivia como una antigüedad de la jurisprudencia inglesa, que hace mas de dos siglos no la pone en práctica, cuando la guerra colosal en que últimamente se vió envuelta la Union Americana del Norte, ofreció una ocasion propicia á los beligerantes para ponerla en ejercicio como una arma poderosa de guerra; y

(1) Libro III.

ocupó el estudio de los jurisconsultos para aplicarla, comentarla y legitimarla.

Como arma defensiva, en medio de los hechos y discordias civiles, la Constitucion solo autorizaba un recurso que si en tiempo de paz pudo parecer eficaz, no bastaba ya á las exigencias de una situacion apremiante, ni convenia á los espíritus dominados por la pasion, en una lucha ardiente.

La suspension del *habeas corpus* no era un recurso expeditivo, para una situacion extrema; era necesario fundar la autoridad de proceder á arrestos militares, era necesario confiscar la propiedad privada, juzgar las personas por medios fáciles y expeditivos, apoderarse de las cosas, administrar el país, en fin, con otros resortes, con formas diversas de las establecidas en la Constitucion; y á fin de que el Presidente pudiera gobernar la nacion, durante la guerra colosal, como un vasto campamento, donde solo emperase la ley de la necesidad, manifestada por la voluntad del comandante en gefe, que le da forma y expresion, se hizo revivir la ley marcial, se la fundó en la Constitucion misma apoyándola en el principio *inter arma, selent leges*, y se la entregó á la conveniencia y criterio del Presidente, con independencia absoluta de cualquier otro poder.

Los escritores la definieron entonces diciendo : que consiste en un Código de reglas y principios que regulan los derechos, capacidades y deberes, las relaciones en tiempo de guerra, de todas las personas neutrales ó beligerantes (1); ó que : — las leyes ó reglas que generalmente rigen el uso de la fuerza, se llaman la ley militar y marcial, ó las leyes de la guerra.

(1) Whiting, pág. 213.

En estas definiciones, las leyes militares dictadas por el Congreso, para el régimen y disciplina del ejército, forman parte de la ley marcial que comprende además los principios y reglas adoptadas por el derecho internacional, para contener el uso de la fuerza dentro de sus justos límites. Pero otros escritores distinguen la ley militar y la ley marcial. Pomeroy dice que son enteramente distintas. « La primera, es el Código de ordenanzas para el gobierno de las tropas solamente, en paz ó en guerra; es en realidad una parte del derecho civil, aplicable solamente á una clase de ciudadanos, á los ocupados en tareas militares; y es susceptible de ser reducida á reglas y métodos bien definidos, como cualquiera otra rama de legislacion ó derecho comun del país. La Constitucion de los Estados Unidos requiere que sea dictada por el Congreso, del mismo modo y con el mismo efecto y fuerza que cualquiera otra legislacion. Está contenida en ese Código, intitulado *Artículos de guerra.* » — Esta ley militar no es la fuente del poder extraordinario en cuestion.

« La ley marcial, es diferente, y por su misma naturaleza no es tan fácil definir. — La mas completa y exacta definicion que yo haya encontrado, la da la *Revista Norte Americana*, de octubre de 1861, en un artículo atribuido á uno de los distinguidos profesores de derecho de la Universidad de Harvard; la cual cito y adopto. « La ley marcial es la regla y autoridad mi-
» litar que existe en tiempo de guerra, y es conferida
» por las leyes de la guerra, con respecto á las perso-
» nas y las cosas que se hallan bajo y dentro del de-
» signio de la operaciones militares activas para hacer
» la guerra, y que extingue y suspende por el momento

» los derechos civiles y los remedios fundados sobre » ellos, en cuanto pueda ser necesario para el pleno » cumplimiento de los propósitos de la guerra, que- » dando la parte que la pone en práctica responsable » por cualquier abuso de la autoridad que así se le » confiere. Es la aplicacion del gobierno militar, el » gobierno de la fuerza, á las personas y propiedades » dentro del objeto de ella, segun las leyes y usos de » la guerra, con exclusion del gobierno municipal, en » todos los respectos, en que este enerve la eficacia de » la regla y accion militar. (1) »

Esta es la misma definicion que adopta el juez de seccion, y segun ella, podemos decir : que la ley marcial no es mas que el conjunto de reglas que rigen la conducta y determinan las facultades de un beligerante en territorio enemigo, segun los principios del derecho internacional, y sin duda para apoyarla en esta ley suprema que rige á las naciones, sientan los que la sostienen, que el derecho de gentes, el derecho internacional,está arriba de la Constitucion de cualquier gobierno y ningun pueblo podria justificarse por su Constitucion peculiar, si violase los derechos de otras naciones.

Suponiendo pues la guerra civil en una nacion, y á los dos partidos contendientes con todos los derechos y obligaciones inherentes á dos naciones beligerantes, resulta que cada uno de ellos tendria el derecho de conducirse en las necesidades de la guerra, segun las reglas del derecho internacional disfrutando de todas las ventajas y recursos necesarios para conseguir los fines legítimos de la contienda.

De este principio en que se funda la ley marcial, se

(1) *Municipal law*, §§ 697 y 698.

deduce que ella autoriza el desconocimiento absoluto de los derechos civiles y políticos en el territorio ocupado por las tropas de un beligerante, y que las personas, los derechos y las cosas, quedan sometidos á todas las modificaciones que exijan el derecho del beligerante y la necesidad ó conveniencia de las operaciones militares. Se sigue tambien y muy principalmente, la perfecta legitimidad de un gobierno puramente militar que no reconozca otra constitucion ni otras reglas que las establecidas por el comandante en gefe, cuyo poder de dominacion se extiende á todo el radio ocupado por las operaciones militares que de él dependen. En este sentido está concebida la fórmula del derecho internacional moderno, relativamente á los efectos que produce el estado de guerra y los derechos que crea á favor de un beligerante contra el Estado enemigo y *en territorio enemigo*.

Bluntschli, que ha codificado el derecho internacional, dando á sus reglas la forma de artículos de un Código, dice así : « Artículo 539. Cuando una parte del territorio, una ciudad, un distrito es ocupado militarmente por el adversario, esta parte del territorio es desde luego regida por las leyes marciales del ejército que ha tomado posesion. La presencia de tropas beligerantes en el territorio enemigo produce esta consecuencia de pleno derecho y sin declaracion previa. » « Articulo 540. La ocupacion del territorio por las tropas enemigas, produce la suspension de las autoridades regulares y su reemplazo por las autoridades militares. »

En el mismo sentido aparecen redactadas las instrucciones para los ejércitos en campaña de la Union Americana, que fueron preparadas por el Dr. Lieber

y aprobadas y expedidas por el presidente Lincoln, para regir la conducta de los ejércitos americanos en la gran lucha. Tomamos de los primeros artículos, exactamente conformes en el fondo á las fórmulas de Bluntschli las disposiciones siguientes : — « 1° Una plaza, un distrito, una region, ocupados por el enemigo, quedan sometidos por el solo hecho de la ocupacion al imperio de la ley marcial del ejército invasor ú ocupante. La ley marcial es efecto inmediato y directo, la consecuencia espontánea de la ocupacion ó de la conquista. La sola presencia del ejército enemigo, pone en vigor la ley marcial de este ejército; 2° La ley marcial no cesa de ser aplicable *durante la ocupacion*, sino á consecuencia de una proclamacion del comandante en gefe, ó bien á consecuencia de una mencion especial en el tratado que ponga fin á la guerra, cuando la *ocupacion* de una plaza ó de un territorio *continúa* despues de la conclusion de la paz como una de sus condiciones; 3° La ley marcial en un país enemigo, consiste en la suspension, en provecho de la autoridad militar del ejército ocupante, de las leyes criminales y civiles, de la administracion y del gobierno del país al cual pertenece la ciudad ó territorio ocupados, y en la sustitucion en su lugar y caso, del gobierno y de la autoridad militar, aun en lo que concierne al derecho de dictar leyes generales, en tanto cuanto las necesidades militares exijan esta suspension, esta sustitucion y esta facultad de legislar; 4° La ley marcial no es otra cosa que el ejercicio de la autoridad militar conforme á las leyes y usos de la guerra. »

En esta inteligencia de la ley marcial, como ley de la guerra, como ley de las naciones, es indudable que queda fuera de los límites de la Constitucion y que su

aplicacion quedaria reducida al territorio comprendido en las operaciones militares, y reducida al caso de una ocupacion militar de nuestro territorio por una potencia enemiga, ó del territorio enemigo por los ejércitos de la nacion.

Pero jamás podria admitirse como un resorte legítimo del gobierno del país en sus conflictos domésticos, como un poder conferido por la Constitucion para el gobierno de la sociedad, ni como un resorte confiado por ella á la administracion en casos especiales de conmocion interna y fuera de los límites de la ocupacion militar.

La Constitucion ha previsto sin duda esos conflictos y esos casos especiales y conferido en tales ocasiones los poderes necesarios y que ha creido suficientes para dominarlos y vencerlos. Ella ha autorizado especialmente la declaracion del estado de sitio para el caso de conmocion interior ó de ataque exterior que ponga en peligro el ejercicio de la Constitucion ó de las autoridades creadas por ella; y ha cuidado de encerrar dentro de límites fijos é invariables, la extension de esas facultades y el alcance de ese poder.

En ningun caso ha podido suponerse bajo el imperio de circunstancias tan extraordinarias que suprimieran completamente su propio imperio, y declarándose impotente para dominarlas autorizara su propia conculcacion por la eleccion de un dictador á quien como en la antigua Roma la patria confiara su gobierno y su salvacion, fiando su suerte á su propia inspiracion y energía.

Ni implícita ni explícitamente podria apoyarse en la Constitucion una semejante autoridad, y hoy mismo en la Union Americana que tan conmovida se siente des-

pues de la lucha, en el vigor moral de sus instituciones libres, vuelta la calma á los espíritus, sus mas grandes pensadores reaccionan contra los abusos, los excesos, las doctrinas destructoras de la libertad que en medio de la lucha, y ofuscados los espíritus por la pasion ó por el furor de la guerra, habian considerado como instrumentos útiles ó necesarios para alcanzar la victoria.

Webster habia dicho ya, que el signo característico del despotismo se descubre al instante, cuando la accion de la ley no gobierna, sino la voluntad de un hombre; porque á medida que la eficacia de la ley se pierde y la voluntad de un hombre se manifiesta, el derecho se debilita y la arbitrariedad se fortalece.

Si queremos conservar en nuestra patria el vigor y eficacia de nuestras instituciones libres, si debemos impedir que sean desvirtuadas ó destruidas por doctrinas que minan su esencia misma, que son contrarias á sus preceptos expresos, tan contrarias que pretenden fundar la dictadura en sus mismas disposiciones, pretestando su conveniencia ó necesidad en casos determinados; debemos rechazar con toda energía los argumentos especiosos y los groseros sofismas con que han procurado apoyarse en el espíritu mismo de la Constitucion, y lamentando que esas doctrinas hayan tenido entre nosotros una propagacion oficial, en la obra de Whiting, *Poderes de guerra del Presidente*, debemos solo considerarla como un ejemplo del poder de las pasiones en las luchas de partido, ó de los extremos á que puede verse arrastrado el poder público, en una lucha ardiente que conmueve la condicion social y política de un pueblo, que hasta entonces habia vivido libre y feliz al amparo de sus instituciones.

En corroboracion de estas ideas, permítame V. E. al

terminar, trascribir las opiniones de eminentes publicistas americanos é ingleses de donde es originaria la ley marcial en su genuina significacion, como aplicacion de las leyes y la jurisdiccion militares en el gobierno del país, fuera de los casos de ocupacion bélica, regidos por el derecho de gentes.

Macaulay, refiere cómo á consecuencia de un motin militar de un regimiento escosés, el Parlamento se vió obligado á dar una ley que autorizara al rey para reprimir los motines y desórdenes de la tropa, conteniéndola en la debida obediencia é impidiendo que pusiera en peligro las libertades públicas. Esta ley votada primero por un corto plazo y despues anualmente hasta nuestros dias, era siempre objeto de vivas resistencias, hasta que, « encontrándose todos los partidos acordes » sobre el principio general, una larga serie de *mutiny* » *bills* pasó sin discusion alguna, sino es que algun artículo particular pareciera exigir alguna enmienda. » Quizá porque el ejército vino á sér así gradualmente » y casi imperceptiblemente una de las instituciones » de Inglaterra, es que se ha mantenido en tan perfecta » armonía con todas las otras instituciones, que una » sola vez durante ciento sesenta años ha faltado á su » fidelidad al trono, ó desobedecido á la ley, ni jamás » ha amenazado los tribunales ni procurado intimidar » los cuerpos constituyentes. Hasta hoy sin embargo, » los Estados del reino continúan estableciendo periódicamente con un celo laudable, un marco sobre el » límite que fué trazado en la época de la Revolucion. » Proclaman solemnemente cada año la doctrina fijada » en la Declaracion de Derechos; y solo en seguida » acuerdan al soberano un poder extraordinario para » gobernar un número determinado de soldados,

» segun ciertas reglas, durante un año mas » (1).

Fischel, en su notable obra sobre la Constitucion de Inglaterra despues de recordar los mismos antecedentes que Macaulay, sobre el orígen de la legislacion especial de esa nacion, trascribe en la página 293, el encabezamiento del acto del año 16 del reino de Victoria, capitulo 9°, con el título de *Mutiny bill,* concebido en los términos siguientes: « Bien que ningun hom-
» bre, dice despues de los considerandos que estable-
» cen la necesidad de un ejército para la seguridad del
» reino y mantenimiento del equilibrio europeo, pueda
» ser condenado en este reino á sufrir en su vida y en
» su cuerpo, de otro modo que por el juicio de sus pa-
» res y segun las leyes establecidas y conocidas del
» reino, y que nadie pueda ser legalmente castigado
» segun la ley marcial en tiempo de paz, importa esen-
» cialmente mantener en este ejército una forma de cas-
» tigo ejemplar y mas rápido que lo que permiten las
» formas ordinarias de la ley para los soldados amoti-
» nados, rebeldes ó culpables, ya sea de desercion ó
» de delitos que perjudiquen la disciplina militar, etc.

» No faltaron tentativos en el último siglo, para la su-
» presion de este ejército permanente, que solo es to-
» lerado legalmente, como se ve. El 24 de febrero de 1717,
» treinta Lores protestaron contra el *Mutiny act,* ale-
» gando : 1° El peligro de todo ejército permanente para
» la libertad, tanto mas grande en Inglaterra, cuanto
» que en ella está sometido á un *derecho marcial* des-
» conocido á la *Common law;* pues que oficiales y
» soldados, estando privados de los derechos de ingle-
» ses libres, los Lores oponentes ven en ello, un grave

(1) *Historia de Inglaterra,* tomo IV, pág. 42.

» motivo de aprension, no prestándose nadie con mas » facilidad á servir de instrumento, para despojar á los » otros de sus derechos, que aquellos que están despo- » jados de esos mismos derechos; en fin, que el dere- » cho de establecer disposiciones de guerra tiene el in- » conveniente de armar al soberano con un poder dis- » crecional en materia de legislacion. El hecho de una » semejante protesta, se renovó en 1721. En 1732, » Pulleney aun reclamaba contra el mantenimiento de » los ejércitos permanentes.

» Los oficiales y soldados del ejército inglés, no tie- » nen fuero especial para los delitos que no caen bajo » la accion penal del *Mutiny act*, y son obligados á » comparecer ante los jueces del derecho comun, por » felonía ó cualquier otro delito. En virtud de un acto » reciente del XXV-VI año del reinado de Victoria, » capítulo LXV, todo militar acusado de asesinato ó » muerte de otro militar, debe ser, sin consideracion al » domicilio, juzgado por la corte criminal central.

» El ejército no puede ser empleado en el interior, » sino á peticion de las autoridades civiles, personal- » mente responsables de toda requisicion de este gé- » nero; el soldado es tambien responsable de su inter- » vencion, y castigado si ha cometido una trasgresion » de la ley. Porque como dice Urquihart, un hombre, » por el hecho de su enrolamiento, no se liberta de la » ley del país. De este hecho, solo resulta para él una » nueva sujecion á otra ley. Sometido, como antes, á la » ley civil, debe además obediencia á la ley militar. » Todo soldado que reciba una órden ilegal, como por » ejemplo la de hacer fuego sobre una reunion, sin ha- » ber sido personalmente atacado, sabe bien que será » ahorcado si obedece; por eso una órden semejante

» jamás ha sido dada ligeramente. Habiendo dicho un » dia un oficial, que preferia ser fusilado por desobe- » diencia á la órden de su superior, á ser ahorcado » por el hecho de violacion de la ley y de un atentado » contra la libertad, el duque de Yorck, tory como el » que mas, replicó, que todo oficial que procedia de » otra manera, merecia ser fusilado y ahorcado. Creo » tambien, agregó, que todos los oficiales del ejército » británico, harian tan poco caso de una órden ilegal, » como creo imposible que haya un comandante en gefe » capaz de dar semejante órden. Como hay apelacion » de los tribunales militares á las Cortes de justicia » del reino, el peligro para un oficial de ser fusilado en » ese caso particular de desobediencia no seria preci- » samente muy grande. La historia de Inglaterra ofrece, » por el contrario, multitud de ejemplos de militares » sometidos á una instruccion criminal por el hecho de » una intervencion ilegal » (1).

Rey, en su obra sobre las instituciones jurídicas de la Inglaterra, dice: «que en 1693 por la primera vez un » acto del Parlamento autorizó el gobierno á erigir cor- » tes marciales para la represion de los motines, di- » serciones y otros delitos contra la disciplina militar.

» Hay un vicio fundamental en la composicion de » esas cortes; y es que siendo creadas en el momento » que se necesitan, deben tener la parcialidad de toda » comision judicial especial, que se nombra siempre de » entre los hombres que se creen mas hostiles al gé- » nero de hechos que se quieren reprimir. Esta causa » ejerce sobre todo su influencia en las disensiones in- » teriores y aun respecto de las actas simples de un » motin pasagero.

(1) Pág. 292 á 296.

» Una disposicion que puede servir de garantía para » los ciudadanos y militares mismos, es que los jui- » cios de las cortes marciales, están sometidos á la » revision de la corte del Banco del rey, que puede » perseguir criminalmente á los jueces de esas cortes » en el caso de exceso de poder » (1).

« En fin, Nor Johnson, distinguido publicista americano, que se ha hecho cargo de todas las cuestiones de palpitante actualidad, examina desde su orígen la ley marcial, recuerda cómo ha sido entendida y aplicada en Inglaterra, los efectos que ella ha producido en aquella nacion eminentemente libre con relacion al ejercicio del poder judicial, y en la página 63 de su importante obra *Free Government* dice : — « Es » preciso recordar que estas cosas ocurrieron en In- » glaterra antes que la ley marcial fuese abolida, me- » diante la peticion de derechos, la cual declara que » ningun hombre sea juzgado contra las formas de la » Gran Carta, que nadie podrá ser condenado á muerte » sino por las leyes establecidas en este reino ó por » acta del Parlamento, y que las comisiones para pro- » ceder por la ley marcial sean revocadas y anuladas, » para que ninguno de los súbditos de su majestad » sea destruido ó muerto contra las leyes y franqui- » cias del reino; y largo tiempo antes que las débiles » colonias de este país hubiesen llegado á ser objeto de » serios intereses políticos. Así es cómo el pueblo ame- » ricano fué deudor al gabinete de Mr. Lincoln de su » primera leccion práctica en esta especie de gobierno » arbitrario.

» La ley militar como se entiende y ejecuta en In-

(1) *Cortes marciales nacionales*, tomo II, pág. 12.

» glaterra, no corresponde á los fines que se buscan en
» su aplicacion, porque ella deja al poder judicial per-
» fectamente libre para ejercer control absoluto sobre
» todos los presuntos delitos cometidos fuera del ser-
» vicio militar. No existe camino posible abierto sobre
» esto último bajo el sistema británico, segun el cual
» el militar puede adquirir jurisdiccion sobre delitos
» civiles. Esta es la fisonomía del sistema que mejor
» que ningun otro marca la transicion de las reglas feu-
» dales ó arbitrarias al presente gobierno de la ley.

» La *Star Chamber*, alta comision y corte marcial,
» es una hermosa expresion de la antigua ley de Ingla-
» terra, viejo pacto que ha sido inutilizado por los polí-
» ticos cristianos de la época actual.

» Solo podemos triunfar, agrega, convenciendo al
» mundo que somos capaces de defender el libre sis-
» tema de las leyes; y esto jamás podremos conseguir
» sino subordinando al militar en tiempo de guerra ó
» en tiempo de paz al poder civil. Es el poder civil el
» que hace la guerra contra el Sud. Es el poder civil,
» el que está luchando por su existencia y su manteni-
» miento. El emplea el ejército, y debe siempre man-
» dar el ejército. Este mando además debe ser abso-
» luto. Es la ley del Estado, y fuera de ella no existe
» otra ley. Las batallas perdidas en esta tremenda lu-
» cha, no han sido nuestros mas grandes infortunios.
» Cuando posponemos la existencia del poder judicial
» independiente, y admitimos el gobierno de circuns-
» tancias sobre el mas venerable y liberal sistema de
» leyes, hicimos mas para degradar al pueblo de los
» Estados Unidos ante el mundo, que lo que podíamos
» haberlo hecho por la pérdida de mil batallas. Enten-
» demos traficar con la fama de una gran nacion por

» los transitorios y criminales honores de la gloria mar-
» cial. — Preferimos entonces la ley normanda de con-
» quista y de gobierno feudal, á la ley sajona de liber-
» tad, igualdad y justicia. Tendríamos entonces el do-
» minio de la espada con toda su sangre y devasta-
» cion. »

Así es cómo los escritores ingleses y americanos comentan la ley marcial como medio de gobierno, como regla á que se sometan las relaciones de derecho de los ciudadanos en épocas determinadas, reaccionando los últimos y protestando contra el uso que de ella se hizo en la última gran guerra, con tanto daño de las instituciones y de las libertades públicas.

El mismo escritor insistiendo en esta doctrina que ilustra con casos prácticos de la jurisprudencia inglesa, trae estas notables palabras : — « Todas nuestras no-
» ciones de libertad civil y de lo que es necesario para
» mantenerla, las hemos heredado de Inglaterra. He-
» mos comenzado en nuestra carrera de gobierno inde-
» pendiente, sobre esta base clara : Que mientras el
» gobierno civil subsista, debe ser absoluto sobre el
» poder militar. Hemos ido mas lejos todavía; y soste-
» nemos que el último debe considerarse siempre como
» agente del primero, sujeto á sus órdenes en todo
» tiempo; y que todo individuo del ejército que pre-
» tenda ejercer autoridad originaria, es delincuente
» ante las leyes, sujeto á castigo ante los tribunales
» ordinarios y personalmente responsable de los per-
» juicios que haya podido ocasionar á cualquier ciuda-
» dano. Esta doctrina ha sido confirmada repetidas
» veces en Inglaterra. Castigos extremados se han
» aplicado á gefes militares, aun en casos en que habia
» alguna dificultad para asegurar que el delito ori-

» ginado era estrictamente militar en su naturaleza.
» El mas célebre tal vez, de esta clase de juicios criminales, es el del gobernador Wall, que por un consejo de guerra hizo azotar á un soldado hasta causarle la muerte. Veinte años despues de este hecho, Wall fué juzgado por las autoridades civiles, fué condenado y ejecutado. El caso giraba sobre el solo punto de saber si el delito que se imputaba al soldado habia sido estrictamente militar en su naturaleza. Habiéndose decidido la negativa, la sentencia primitiva del consejo de guerra no pudo proteger al desgraciado comandante, porque segun la decision del tribunal ordinario, la autoridad militar no tenia jurisdiccion alguna en el delito del soldado. »

De la exposicion de la doctrina, fundada en los antecedentes históricos y legislativos resulta, pues, claramente, que la ley marcial, como ley del país en determinadas situaciones, que atribuya jurisdiccion extensiva á todos los ciudadanos y establezca tribunales especiales para aplicarla; que confiera ó aumente facultades y poderes que la Constitucion no acuerda, ni podria conceder sin revocarse á sí misma, no solo es una institucion puramente imaginaria entre nosotros, sino aun que ella fué ya revocada en las naciones que alguna vez soportaron sus funestos efectos y en las cuales tuvo orígen.

V. E. me permitirá fundar aun esta conclusion en la autorizada palabra del mismo Johnson :

« Que otros gobiernos, incluso Inglaterra, con dos » ó tres excepciones en el continente, hayan abolido la » ley marcial, no es argumento contra su legal existencia aquí. Debemos ir á nuestros propios recuerdos, » para probar que es ella una de las instituciones de

» nuestra sociedad. Si no podemos encontrar su auto-
» rizacion allí, es claramente una usurpacion. El Pre-
» sidente dice, que está autorizado á esforzar sus po-
» deres en tiempo de guerra. Su orígen es, pues, la
» guerra. Habia sido abolida en Inglaterra, mucho
» tiempo antes de la Revolucion. Habia sido abolida
» por consiguiente en este país en el mismo tiempo. No
» formaba parte de las instituciones de los Estados
» cuando adoptaron la Constitucion. La ley militar
» excepto el estricto servicio militar, dirigido exclusi-
» vamente á la conservacion de la disciplina, era ente-
» ramente desconocida en ambos países. Este princi-
» pio se ilustra con un caso que se originó en el fuerte
» Niágara en el Estado de New-York. Un soldado co-
» metió un delito dentro de la jurisdiccion del fuerte,
» y estando estrictamente en servicio militar. Fué so-
» metido á las autoridades civiles. Se arguyó que era
» un delito cuyo conocimiento solo correspondia á los
» tribunales militares. La Corte declaró que el fuerte
» Niágara, sin embargo de ser un puesto ocupado por
» tropas de los Estados Unidos, nunca habia sido tras-
» ferido á estos últimos, para excluirlo de la jurisdic-
» cion del Estado, y que los Estados Unidos solamente
» podian adquirir jurisdiccion dentro de los límites de
» un Estado por cesion positiva. Se arguyó en la cues-
» tion : que el fuerte Niágara habia sido declarado y
» entregado por las autoridades británicas á los Esta-
» dos Unidos á la terminacion de la guerra ; y que el
» Estado por aquella razon no habia adquirido la ju-
» risdiccion de aquel territorio. Contra este plausible
» razonamiento, la Corte opuso la gran doctrina de la
» soberanía é independencia del Estado. »

Resulta además que la genuina y propia inteligencia

de la ley marcial, es la aplicacion de las leyes milita-res y de la jurisdiccion militar, al juicio de delitos y de personas extrañas al servicio militar y á los estrictos deberes de la disciplina; y que solo el deseo del triunfo, la agitacion de los espíritus, la influencia de las pasiones han podido sugerir la idea de convertirla en un instrumento de gobierno y de conciliarla con la Constitucion, perfectamente incompatible con su aplicacion, y la cual destruiria al instante de ponerse en ejercicio.

Por otra parte, si la ley marcial, no es otra cosa que el conjunto de las leyes y usos de la guerra, que rigen las relaciones de los ejércitos beligerantes, para con las personas ó las cosas de un territorio enemigo militarmente ocupado, su importancia y su poder deben buscarse en los principios del derecho internacional, extraños á la Constitucion, fundados en la razon natural, y limitados por las exigencias de la necesidad y de las conveniencias legítimas. La ley de las naciones es su orígen, y no la Constitucion; en ella debe pues buscarse su legitimidad, su extension, su responsabilidad; nada tiene que hacer con las instituciones propias de cada pueblo, en cuanto no importe una expresa violacion de las reglas que particularmente hubieren establecido para el caso mismo de su aplicacion.

La imperiosa y absoluta necesidad, es entonces el fundamento de la ley marcial, cuyo imperio desaparece cuando deja de existir este único principio de su existencia y aplicacion legítima. Tal es la doctrina adoptada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso de Milligan; la cual, dando á la ley marcial la inteligencia de la aplicabilidad de las leyes y jurisdiccion militares al gobierno de la sociedad civil, concreta su

aplicacion al caso de necesidad y de ausencia de todo otro poder ó autoridad que pudiera legítimamente funcionar.

Hé aquí, Excmo. Señor, en qué términos se expresa la opinion de la Suprema Corte sobre este punto :

« De lo que se ha dicho sobre esta materia, se deduce » que hay ocasiones en que puede aplicarse la *regla* » *marcial*. Si durante la guerra civil, los tribunales » están actualmente cerrados, y es imposible adminis- » trar justicia criminal segun la ley, entonces, en el » teatro de las operaciones activas, donde realmente » existe la guerra, se hace necesario sostituir de algun » modo la autoridad civil derrocada, á fin de afianzar la » seguridad del ejército y de la sociedad; y como no » queda en pié otro poder que el militar, le es permi- » tido gobernar por la *regla marcial*, hasta que las » leyes recobren su libre curso. Como es la necesidad » la que crea la regla, ella tambien señala el límite de » su duracion : porque si este género de gobierno con- » tinuara, aun despues de restablecidos los tribunales » ordinarios, eso seria una grosera usurpacion de poder. » La *regla marcial* nunca puede existir cuando y » donde los tribunales están abiertos y en el libre y des- » embarazado ejercicio de su jurisdiccion. »

Despues de haber demostrado, en mi opinion, con toda claridad, que dada la naturaleza del delito que se imputa á nuestro defendido, él está exclusivamente sometido á la jurisdiccion nacional, y que la jurisdiccion militar no podria atribuirse competencia, porque ni la Constitucion ni las leyes nacionales, ni las ordenanzas del ejército la legitiman ni autorizan, solo nos resta pedir á V. E. que revoque la sentencia del juez de seccion en cuanto atribuye al consejo de guerra jurisdic-

cion competente para entender y decidir en el proceso que se sigue á nuestro defendido.

Una peticion mas, nos atrevemos aun á dirigir á V. E. El consejo de guerra, violando abiertamente la disposicion nacional que establece el procedimiento que debe observarse en la discusion y exámen de toda cuestion de competencia, ha continuado sin embargo en el conocimiento del proceso respecto de todos los procesados, aun despues de recibir el oficio de inhibicion del juez de seccion. Ha concluido la vista de la causa y probablemente dictará sentencia, que aun cuando nula radicalmente, como toda resolucion de un juez incompetente, no deja de agravar la situacion de nuestro defendido, porque ella adelanta la posilidad de su cumplimiento. Para evitar, pues, los males consiguientes á semejante abuso rogamos á V. E. se sirva dictar su resolucion con la brevedad compatible con sus altos deberes.

FIN DEL TOMO TERCERO Y ÚLTIMO.

ÍNDICE DEL TOMO TERCERO

DERECHO COMERCIAL

Páginas.

PROCEDIMIENTOS

PROCESO POLITICO. — CUESTION DE COMPETENCIA

Paris. — Imprenta Paul Dupont, calle J.-J. Rousseau, 41. (Cl.) 1883.

